L. Philipps Lewis
Great
Jeuter 1900

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET DES

TESTAMENTS

PARIS. — IMPRIMERIE DE E. DONNAUD.
RUE CASSETTE, 9.

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

—POLÉON

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS

OU

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON

PAR M. TROPLONG

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT, GRAND-OFFICIER DE L'ORDRE IMPÉRIAL DE LA LÉGION D'HONNEUR.

DEUXIÈME ÉDITION.

TOME DEUXIÈME.

PARIS

ADMINISTRATION DU JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS

RUE DES SAINTS-PÈRES, 52.

1862

A. Philippe Gruner

CODE NAPOLÉON

LIVRE III, TITRE II

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS.

Décrété le 13 floréal an XI (3 mai 1803), promulgué le 23 floréal an XI (13 mai 1803).

SUITE DU CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

ARTICLE 905.

La femme mariée ne pourra donner entre-vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre *du Mariage*.

Elle n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice, pour disposer par testament.

SOMMAIRE.

592. De la faculté de donner, dans la femme mariée et majeure. — Coup d'œil historique sur l'incapacité de la femme en droit romain.

593. En France, dans les pays coutumiers, la femme, pour donner entre-vifs, avait besoin de l'autorisation maritale : mais la

plupart des coutumes lui permettaient de tester sans cette autorisation.

594. Le Code Napoléon, adoptant l'esprit général des coutumes, exige l'autorisation maritale pour les donations entre-vifs.

595. Il permet de même à la femme de tester sans cette autorisation.

596. La femme peut-elle, du consentement du mari, donner les effets de la communauté? — Renvoi.

597. Qui peut opposer le défaut d'autorisation maritale à une donation entre-vifs faite par une femme mariée?

598. Le consentement du mari doit être spécial. — Si le mari n'est pas présent à l'acte, le consentement doit être écrit et en la forme authentique.

COMMENTAIRE.

592. J'ai parlé ailleurs de ce principe du vieux droit romain, qui tenait la femme majeure sous la tutelle perpétuelle de ses agnats (1). Je ne reviendrai pas sur ce point de l'histoire. J'ai également esquissé les principaux traits de la puissance maritale aux diverses époques de l'empire romain (2).

Par suite de cette tutelle perpétuelle, les femmes non mariées ne pouvaient, sans l'autorité de leur tuteur, ni ester en jugement, ni s'obliger, ni faire aucun des actes du droit civil, ni aliéner leurs choses de mancipation, ni se constituer leur dot en mariage (3); elles ne pouvaient même tester qu'avec l'autorisation de leur tuteur (4). Mais elles pouvaient donner, sans autorisation, les choses de non-mancipation; car à cet égard elles étaient affranchies de

(1) *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, ch. 10. Caïus, 1, 115, et 190.

(2) P. 312.

(3) Ulpien, *Fragm.*, t. II, § 27, loi 7, D., *De tut. et curat. dat.*

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 173, n° 12. Originairement, quand les testaments se faisaient *calatis comitiis*, elles ne pouvaient tester, parce qu'elles ne pouvaient participer aux comices (*Pand.*, t. II, p. 173, n° 12), et qu'alors

toute tutelle, comme nous l'apprend Ulpien (1), à la différence des pupilles, qui ne pouvaient aliéner même les choses de non-mancipation que *cum tutoris auctoritate*.

Quant à la femme mariée, si elle avait été unie à son mari par le mariage qui se contractait *per confarreationem* ou *per coemptionem*, sa condition était encore plus dure. Ce n'était pas seulement une tutelle que son mari exerçait sur elle; c'était un droit de puissance. La femme passait avec tous ses biens dans la main de son mari, *in manu;* elle cessait d'être *sui juris;* elle ne pouvait rien posséder; elle était en un mot de la même condition que le fils de famille, à qui il n'était pas permis de tester, et qui ne pouvait donner entre-vifs qu'avec l'autorisation de son père.

Peu à peu la liberté des femmes prit des accroissements; elles cessèrent d'être soumises à la tutelle après l'âge de puberté; et il n'y eut plus à cet égard aucune différence entre elles et les hommes. Du temps de Justinien, il ne restait plus aucun vestige de l'ancienne législation sur l'état de minorité perpétuelle des femmes. Les femmes non mariées purent donc donner librement et tester de même. Elles pouvaient même tester plus tôt que les hommes, parce qu'elles étaient plus tôt pubères, *quia et citius perfectionem sexui suo congruentem consequuntur* (2). Le sénatus-consulte Velléien, qui relevait la femme de ses obligations onéreuses, ne s'appliquait pas à la donation : « *Senatus enim obligatæ mulieri* » *succurrere voluit, non donanti. Hoc ideo quia facilius se* » *obligat mulier, quam alicui donat* (3). » Ceci est un trait du caractère romain. On tenait la femme pour avare, et l'on

le testament était un acte de droit public interdit aux femmes (l. 2, D., *De reg. juris*. Montesquieu, t. III, p. 269).

(1) *Loc. cit.*, § 27.

(2) Hilliger *sur Doneau*, VI, 5, 15.

(3) L. 4, § 1 *in fine*, D., *ad S. C. Vell.*

supposait que, si sa faiblesse pouvait la rendre facile à des engagements qui n'engendrent rien d'actuel, son avarice la rendrait forte contre la tentation de donner.

Par l'effet de cette même révolution dans les mœurs, le mariage accompagné de la *manus* tomba insensiblement en désuétude, et du temps de Justinien la femme ne passait plus sous la puissance de son mari (1). Elle ne lui était plus soumise que par des devoirs de respect, et elle était aussi libre que lui de donner ou de tester. Il y a même plus; elle n'avait aucun besoin d'autorisation maritale pour ester en jugement ou contracter sur ses paraphernaux. Cette jurisprudence, quoique fort mauvaise, faisait loi dans les pays de droit écrit, trop dociles souvent aux imperfections du droit romain; l'autorisation maritale n'y était pas connue (2).

593. Dans les pays coutumiers, au contraire, c'était un point de droit constant que les femmes ne pouvaient ni s'obliger, ni contracter, ni se présenter en justice sans l'autorisation de leurs maris, même pour ce qui concernait leurs biens extra-dotaux. Elles ne pouvaient, par conséquent, donner entre-vifs qu'avec l'autorisation de leurs maris.

Mais le droit de tester était soumis à d'autres règles par le droit commun. Sur ce point, les femmes étaient libres et affranchies, par la raison que le testament, ne pouvant pro-

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 22, n° 12. Merlin, Répert., v° *Autorisation maritale*. Furgole, *Quest. sur les donat.*, quest. 25.

(2) Furgole, *Quest. sur les donat*, 24 et 25, Voy. Domat, *Lois civiles*, liv. prélim., tit. 2, sect. 1, § 1, *Ad notam*, et la loi 6, C., *De revoc. donat.*, qui prouve que la femme mariée pouvait donner sans l'autorisation de son mari. Une femme, en effet, avait fait une donation en l'absence de son époux; elle voulait se faire un moyen de cette absence pour faire révoquer la donation : *Desine postulare ut donatio, quam perfeceras, revocetur prætextu mariti absentiæ, cum hujus firmitas ipsius præsentia non indigeat*. Sur le droit de la femme de disposer de ses paraphernaux sans autorisation, voy. aussi Domat, part. 1, liv. 1, tit. 9, sect. 4, § 2.

duire d'effet qu'après la mort de la femme, et par conséquent après la dissolution de l'union conjugale, ne portait aucun préjudice aux intérêts du mari. Cependant quelques coutumes, en petit nombre, exigeaient, même pour tester, l'autorisation maritale (1).

594. Le Code Napoléon s'est rangé à l'esprit général des coutumes sur la nécessité de l'autorisation maritale; il a voulu que la femme ne pût se dépouiller, au préjudice du mari et à son propre préjudice, par des donations capables d'appauvrir la société conjugale, de changer la situation de le femme, de lui créer des liens et des affections dont l'autorité maritale a le droit de s'enquérir. Il a donc requis l'assistance ou le consentement spécial du mari, ou la permission de la justice qui y supplée; il a même requis cette assistance pour le cas où les époux seraient non communs ou séparés de biens, ou mariés sous le régime dotal avec des paraphernaux (2).

Ces principes sont applicables dans le cas où la femme, séparée ou non, se servirait de la forme du don manuel pour faire sa libéralité (3).

Pourtant, quand la femme est séparée de biens, comme elle peut faire librement des actes d'administration, elle peut donner manuellement des portions de ses revenus sans l'autorisation maritale, pourvu que ce soient des dons modiques ne dépassant pas le cercle de l'administration, et ayant une cause raisonnable (4).

(1) M. Merlin, Répert., v° *Autorisation maritale*.

(2) Art. 215, 217.

(3) Paris, 28 juin 1851, 1re ch. (Devill., 51, 2, 337; Pal., 51, 2, 445). Mon comm. du *Contrat de mariage*, nos 1417 et suiv.

(4) Voy. l'arrêt de Paris précité. Il va peut-être un peu loin dans ses motifs; on remarquera du reste qu'il s'agissait d'une mère qui avait payé, par des dons manuels, les services de sa fille.

595. Mais, comme l'intérêt du mari ne peut recevoir aucune atteinte d'une libéralité qui ne produit d'effets qu'après la mort de la femme et la dissolution de la société conjugale, le Code Napoléon, comme la majorité des coutumes, a permis que la femme testât sans le consentement marital.

596. On a demandé si la femme a capacité pour donner, d'accord avec son mari, les effets de la communauté. Nous avons examiné ailleurs cette question, et nous y renvoyons (1).

597. Lorsqu'une donation est faite par une femme sans l'autorisation maritale, il faut savoir qui peut exciper de ce défaut d'autorisation.

La solution à donner découle d'un principe que nous avons posé ailleurs (2), que la nécessité de l'autorisation maritale a été introduite tant à cause du mari que dans l'intérêt de la femme, qu'il fallait sauver de sa propre faiblesse et de son inexpérience des affaires. D'où il suit que le défaut d'autorisation peut être opposé par le mari ou par la femme, ou par leurs héritiers : c'est la disposition de l'art. 225 du Code Napoléon.

598. Notre article exige que le consentement du mari soit spécial; c'est une conséquence de l'art. 223, qui déclare que toute autorisation générale n'est valable que *quoad administrationem*. Il faut de plus, d'après l'art. 217, la présence du mari à l'acte ou son consentement par écrit.

Quant à la forme de l'autorisation, nous verrons, dans le cours de l'art. 931, que cette autorisation doit être dans la forme authentique, comme la donation elle-même.

(1) Comm. du *Contrat de mariage*, t. 2, nos 903 et suiv.
(2) *Ibid.*, t. 2, nos 935 et suiv.

ART. 906.

Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

SOMMAIRE:

599. Raisons de la différence entre la donation et le testament quant à l'époque de la conception du gratifié.
600. Fiction de droit qui veut que l'enfant conçu soit réputé né quand il s'agit de son avantage; — à la condition toutefois qu'il naisse viable.
601. Des deux conditions nécessaires pour que l'enfant soit regardé comme né viable. — 1re *condition* : il faut qu'il soit né dans le temps fixé par les lois civiles.
602. 2e *condition* : il faut qu'il soit *perfecte natus*, et qu'il donne des signes certains de vie.
603. Si l'enfant est venu à terme, il a pour lui la présomption de viabilité.
604. Peu importe que l'enfant ait été mis au monde naturellement ou par l'opération césarienne. — Opinion exagérée de Zacchias dans ce dernier cas.
605. Le part monstrueux n'est pas compté au nombre des enfants.
606. Comment calculera-t-on si l'enfant né viable était ou non conçu lors de la donation ou au décès du testateur? — Diversité des décisions à l'occasion d'un édit d'Adrien. — Règle tracée par le Code Napoléon dans les art. 288, 296 et 312.
607. Le disposant peut-il gratifier, par forme de condition, un enfant à naître après son décès? — Affirmative admise avant l'ordonnance de 1735. — Lettre raisonnée du chancelier d'Aguesseau au sujet de la disposition de cette ordonnance, qui adopte la négative. — Le Code a résolu la question dans le même sens que l'ordonnance.
608. Examen critique de l'argumentation de d'Aguesseau.

609. Suite.

610. Suite.

611. La disposition de l'art. 906 sur cette question se justifie facilement par l'incertitude que l'institution des enfants à naître fait planer sur la propriété.

612. Le legs fait à un établissement religieux dont l'existence n'a été autorisée que postérieurement au décès du testateur est-il valable? — Dans le cas où le legs est fait à une réunion de sœurs qui sont détachées de la société-mère autorisée, ce legs est réputé fait à l'établissement principal, avec affectation spéciale à la localité où ces sœurs sont déléguées.

613. *Quid* dans le cas où Pierre, ayant donné 10,000 fr. aux sœurs du Sacré-Cœur qui s'établiront à Paris dans 20 ans, vient à décéder avant que cet établissement n'ait été créé? — Validité de cette disposition.

614. Rien ne s'oppose à la validité d'un legs fait à un tiers, à la charge d'en faire profiter une personne non encore conçue au moment du décès du testateur. — Exemple.

615. Autres exemples.

616. Que doit-on entendre par ces mots de l'art. 906 *au moment de la donation?* — S'agit-il du moment de la rédaction de l'acte ou du moment de l'acceptation?

617. La conception de l'enfant n'est point nécessaire au moment de la rédaction de l'acte.

COMMENTAIRE.

599. Notre article peut se résumer en peu de mots. Pour ce qui est de la donation, il faut être conçu au temps où elle est faite; mais en ce qui concerne le testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. La raison de cette différence vient de ce que la donation emporte un dessaissement présent, et qu'on ne peut se dessaisir qu'au profit d'une personne déjà existante, tandis que le testament n'a d'effet qu'à la mort de celui qui l'a fait, et que c'est à cette seule époque qu'il saisit l'institué (1).

(1) Domat, *Lois civiles*, 3, 1, 2, 22.

600. Chez les Romains, comme chez nous, le moment de la conception a toujours été égalé à la naissance : « *Qui* » *in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum* » *natura esse* (1). *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut* » *in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent* (2). » Par une fiction favorable, le droit veut que, lorsqu'il s'agit de l'avantage d'une personne, la conception soit considérée comme la naissance même (3).

L'enfant conçu aux époques requises par l'art. 906, a donc tous ses droits réservés pour le moment de sa naissance. Mais ces droits ne lui sont dévolus que sous la condition tacite qu'il naîtra viable (art. 906) : *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (4). De là l'adage, *idem est non nasci, et natum mori*.

601. Mais quand l'enfant est-il censé né viable *(vitalis)?* Deux conditions sont absolument nécessaires : la première, qu'il soit né dans le temps fixé par les lois civiles; la deuxième, qu'il soit *perfecte natus*, et qu'il donne des signes certains de vie (5). Voyons la première condition :

La médecine chez les anciens et chez les modernes, s'est

(1) L. 26, D., *De stat. homin.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 712, n° 134.

(2) L. 3, D., *Si pars hæred. pet. Junge*, l. 187, D., *De reg. juris*, l. 141 et 153. D., *De verb. signif.*

(3) *Dicimus hoc fieri fictione quadam, qua habetur pro nato, cum de commodis ejus quæritur* (Cujas, *Quæst. Papin.*, l. 19, *Ad leg.* 9, D., *Ad leg. Falcid.*).

(4) L. 129. D., *De verb. signif.*

(5) Telle est l'opinion du docte à Caranza dans son savant Traité *De partu naturali et legitimo*. « *Non sufficit*, dit-il, *quoad effectus civiles, nasci quem* » *legitimo tempore, puta 7° aut 9° mense, nisi vivus totus processit, ad nul-* » *lum declinans monstrum vel prodigium.* » (Voy. *etiam* le *Traité de la révocation des donations*, à la suite de Ricard, ch. 6.) Furgole, *Des test.*, t. II, p. 418, et comment. sur l'art. 39 de l'ord. de 1731. Ricard, *Disp. condit.*, n°s 486 et suiv., et Brodeau *sur Louet*, lettre *E*, somm. 5.

occupée de déterminer l'époque où l'homme naît avec tous les germes de la vie. Le neuvième mois est ordinairement celui où la nature place l'accouchement; c'est le terme parfait de la grossesse, et le part venu à cette époque suit la règle assignée aux naissances par le cours habituel des choses. Mais il y a des naissances hâtives qui n'en sont pas moins parfaites, et qui produisent des enfants doués d'une force d'organes qui leur assure une longue carrière. On en voit tous les jours des exemples; et personne n'ignore aujourd'hui que l'homme né à sept mois est tout aussi viable que l'homme né à neuf. Les anciens avaient reconnu ce phénomène dans leur médecine légale : *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis* (1). Le même Hippocrate avait même décidé qu'un part, né le cent quatre-vingt-dixième jour, c'est-à-dire au commencement du septième mois, venait à terme avec tous les principes de vie, et l'opinion de ce célèbre médecin avait été consacrée par la loi 3, § 12, D., *De suis et legit. hæred.*, qui faisait règle en France avant le Code Napoléon. Mais, aujourd'hui, depuis la promulgation de l'art. 312, il faut tenir pour constant que l'enfant né le cent quatre-vingtième jour est viable (2). Tout ce qui vient avant cette époque n'est qu'un avortement (*partus abortivus*), c'est-à-dire une créature inerte que le souffle de la vie n'anime pas.

602. Mais il ne suffit pas que le part ait atteint ce terme légal, il faut encore qu'il soit né vivant; car, *idem est non nasci, et natum mori*. Il faut, comme le dit à Caranza, que *vivus totus procedat*.

L'existence de la vie doit se manifester par des signes

(1) L. 12, D., *De stat. homin.* Voy. là-dessus Pline, VII, 4. Cicéron, dans ses lettres à Atticus, se réjouit de la facilité avec laquelle sa fille Tullia est accouchée à sept mois (X, *epist. ult.*).

(2) M. Merlin, Répert., v° *Légitimité*, p. 233.

extérieurs qui ne laissent pas de doute. Suivant l'expression de Brodeau (1), l'enfant doit respirer et se mouvoir, non par un mouvement de palpitation, mais par un mouvement physique et naturel; le vagissement n'est pas une preuve absolument nécessaire (2), quoique ce soit un des indices les plus certains de la vie (3). Tel était autrefois l'avis des Sabiniens, et Justinien l'a adopté (4). La vie ne se manifeste pas nécessairement par les cris de la créature.

Que si l'enfant n'avait que quelque palpitation ou quelque sentiment de chaleur qui le fît un peu remuer, il est certain qu'il ne pourrait être considéré comme viable. Naître viable, ce n'est pas venir exhaler au dehors le reste d'un souffle de vie que l'enfant avait presque perdu dans le sein de la mère; il faut qu'il soit né avec la puissance de conserver la vie, avec la perfection d'organes qui en fait remplir les fonctions, en un mot qu'il soit *perfecte natus*, comme le dit la loi 3, C., *De post. hæredib.* (5).

603. S'il s'élevait des contestations sur la viabilité de l'enfant, la preuve pourrait en être faite par la sage-femme ou par l'accoucheur, et par les renseignements que pourraient donner les personnes présentes à l'accouchement.

Ce serait à celui qui soutient que le part n'est pas viable à en faire la preuve, d'après à Caranza et une foule de docteurs qu'il cite; car lorsque l'enfant est venu à terme, il a pour lui la présomption de viabilité.

604. Il importe peu que l'enfant soit venu au monde par l'effort naturel de sa mère, ou qu'il ait été arraché de son

(1) Lettre *E.* somm. 5.

(2) L. 3, C., *De postum hæred. instit.* Voy. aussi, l. 2, Furgole, VII, 6, 143.

(3) Godefroy sur la loi 3 précitée.

(4) L. 3 précitée. Doneau sur cette loi, n° 8.

(5) Traité de la *Révocat. des donat.*, ch. 6.

sein par l'opération césarienne (1). Il est certain qu'il est capable des effets civils, pourvu, toutefois, qu'il soit né vivant, et, comme dit à Caranza, *aptus partui naturali et ut naturaliter vivere possit;* car il ne peut être de meilleure condition que l'enfant né naturellement (2).

Zacchias, jurisconsulte et médecin romain, que l'on peut considérer comme le père de la médecine légale (3), exige que l'enfant, venu au monde par l'opération césarienne, ait vécu au moins vingt-quatre heures pour qu'on le regarde comme viable : *Nisi vixerit per viginti quatuor horas, non debet pro vitali haberi, nec ad hæreditatem admitti.* Mais cette opinion est exagérée; il est suffisant que l'enfant ait vécu et manifesté des signes d'existence par des mouvements physiques et naturels.

605. D'après la loi 14, D. *De statu homin.* et la loi 135, D., *De verbor. signif.*, le part monstrueux n'est pas compté au nombre des enfants; il ne peut jouir d'aucune capacité pour recevoir (4); car son existence est contre nature : *Invita natura nascuntur sic et vivunt,* dit Zacchias (5).

606. Il s'agit maintenant de faire connaître comment l'on calculera si l'enfant, né viable, était ou non conçu lors de la donation, ou au décès du testateur. C'est l'époque de la naissance qui décidera tout. Et il ne faut pas croire que neuf mois soient le plus long terme qui puisse s'écouler entre la naissance et l'époque de la donation ou du décès du testateur. Tout le monde sait que l'époque de l'accouchement peut être plus ou moins retardée par mille causes cachées,

(1) Ulpien, l. 141, D., *De verb. signif.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 670.
(2) Furgole, VII, 6, 146.
(3) *Quæst. medicolegales,* lib. 9, t. II, quæst. 1, n° 23.
(4) *Junge* la loi 3, C., *De postum. hæred. instit.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 670.
(5) *Loc. cit.*, 7, 1, 7.

dont les physiologistes ont reconnu l'existence. Les livres de médecine nous retracent plusieurs exemples de naissances arrivées dans le dixième mois (1), et Aulu-Gelle parle d'un édit par lequel l'empereur Adrien, conformément à l'avis des médecins et des philosophes de son temps, déclara que l'enfant né dans le onzième mois de sa conception était censé légitime (2).

Dans l'ancien droit, on admettait sans difficulté que l'accouchement pouvait être retardé jusqu'au dixième mois (3); mais comme l'édit d'Adrien n'avait pas été inséré dans la compilation du droit, il y avait une grande variété de jurisprudence sur la question de savoir si l'enfant, né dans le onzième mois, était légitime (4). Cujas pensait, sur le fondement de la Novelle 39, ch. 2, que l'enfant né le onzième mois n'était pas légitime. *Undecimo mense a morte mariti genitus non est legitimus, ex Novella* 39 (5); et c'était aussi l'avis de Furgole (6).

Le Code Napoléon ne pouvait manquer de s'occuper de la question; il l'a tranchée dans les deux cas ; il a fixé à trois cents jours le terme ordinairement le plus long de la grossesse (art. 228, 296, 312). L'enfant né le trois centième jour est légitime; il appartient de droit au mariage.

Mais si l'enfant naît après trois cents jours, la légitimité est douteuse; l'art. 315 autorise à la contester. Toutefois, prenant en considération certaines circonstances extraordi-

(1) Furgole les cite, VII, 6, 137. Voy. Zacchias, 1, 2. François Moriceau, *Des maladies des femmes grosses*, liv. 2, ch. 1.

(2) III, 16. Voy. aussi Pline, VII, 4.

(3) L. 3, § 11, D., *De suis et legit. hæred.*

(4) Ricard, *Disp. rond.*, n° 472, M. Merlin, Répert., v° *Légitimité*, p. 155, 156. Furgole, VII, 6, 139, Brodeau *sur Loucl*, lettre *E*, somm. 5.

(5) Traité *De diversis tempor. præscript.*, c. 19.

(6) VII, 6, 139.

naires qui se rencontrent parfois dans la nature, il veut que le juge examine les faits, et que la légitimité puisse sortir triomphante d'attaques qui ne seraient fondées que sur de fausses apparences. La nature peut déroger à ses propres lois; il y a des phénomènes extraordinaires dans ses œuvres (1). Le Code Napoléon a voulu laisser aux magistrats la latitude d'en tenir compte. Que si la naissance est postérieure aux trois cents jours, on examinera les circonstances.

Toutes ces présomptions, bien que posées par le Code au titre *des Personnes*, sont applicables en matière de succession et de donation (2); fondées sur la nature et l'observation, elles forment une loi générale, dont s'empare la raison.

607. Arrivons maintenant à un point important et demandons-nous si le disposant pourrait gratifier, par forme de condition, un enfant à naître après son décès; en d'autres termes, la condition *si nascatur* est-elle proscrite par notre article, lorsqu'elle se réalise après le décès?

L'affirmative n'est pas douteuse. Autrefois cependant la jurisprudence fondée sur la loi 64, D., *De hæred. instit.*, avait longtemps décidé que l'on pouvait donner par donation ou par testament à l'enfant à naître (3). On disait qu'une telle disposition était conditionnelle, et qu'ainsi il suffisait que l'enfant fût capable au moment de l'échéance de la condition (4).

Mais l'ordonnance de 1735 (art. 49) changea ce point de

(1) Cuvier, dans ses notes sur Pline (édit. Panck., t. VI, p. 172), semble reconnaître que la naissance au 11e mois n'est pas impossible.

(2) Cassat., 8 février 1821 (Devill., 6, 1, 379). Autre arrêt 28 novembre 1833 (Devill., 34, 1, 668).

(3) Brodeau *sur Louet*, lettre D, somm. 51. Furgole, VI, 1, 6. Domat, 3, 2, 1, 2, 22.

(4) Voy. sur ce point *supra*, n° 439.

droit : elle voulut qu'en aucun cas et sous aucun prétexte, on ne pût instituer l'enfant ni né ni conçu.

La raison en a été expliquée par le chancelier d'Aguesseau, dans une lettre raisonnée au parlement de Provence (1), dont voici le résumé :

La première des capacités et le fondement des autres, c'est l'existence; celui qui n'est pas ne saurait être capable d'une succession testamentaire. L'argument qu'on tire des institutions conditionnelles ne détruit pas ce principe. Car, bien que l'accomplissement de la condition produise un effet rétroactif et que par une fiction favorable on suppose que l'héritier institué était capable dès le temps de la mort du testateur, il ne s'ensuit pas que ces règles puissent s'étendre au cas en question; car elles n'ont été faites que pour suppléer à une capacité accidentelle et purement civile; mais elles ne sont pas applicables quand il s'agit d'une incapacité absolue, d'une incapacité naturelle et essentielle que l'on veut faire disparaître. Ni la fiction, ni la loi, n'ont la force de vaincre la nature.

Mais, remarquons-le bien : l'ordonnance de 1735 ne prohibait que l'institution des enfants à naître. Elle ne défendait pas les legs particuliers, les donations, les fidéicommis faits aux enfants à naître (2). D'Aguesseau en donne encore le motif (3) :

« On ne doit pas comparer les legs ou les fidéicommis, ni » les donations entre-vifs faites à des personnes nées ou à » naître, avec l'institution d'héritier. Dans les deux pre- » miers cas de disposition, il y a toujours, au temps de la » mort du testateur ou à l'instant de la donation, une per-

(1) 23 novembre 1737, t. IX, p. 457.
(2) Furgole VI, 1, 7.
(3) Lettre précitée, p. 464.

» sonne existante, qui recueille la succession ou qui accepte » la donation, et qui, profitant de la libéralité du testateur » ou du donateur, ne peut refuser d'accomplir dans la suite » les conditions qui lui sont imposées. Mais dans le cas d'in- » stitution d'un héritier qui n'est ni né, ni conçu, lors de la » mort du testateur, la disposition porte entièrement à faux, » l'institution s'anéantit de droit par le défaut d'existence » de la personne instituée; et c'est en vain qu'on veut la » ressusciter dans la suite, à la naissance de l'héritier insti- » tué, parce qu'il n'est pas possible de feindre qu'il a existé » avant que d'être. »

Pour parler franchement, ce système manquait de logique. Si les raisons fondamentales données par d'Aguesseau (pour prouver que la règle de la rétroactivité des conditions n'est pas applicable au cas de non-existence) sont vraies, juridiques, incontestables, elles doivent dominer tous les cas, le cas de legs et de donation, comme celui d'institution d'héritier. Sans doute elles auront un degré de force de plus à l'égard de l'institution d'héritier, parce que l'institution d'héritier telle que la concevaient les Romains et qu'elle était admise en pays de droit écrit, ne devait pas être suspendue et elle devait avoir son effet après la mort du testateur (1). Mais, étant prises dans le fond du droit, elles n'en ont pas moins à elles seules un degré d'autorité intrinsèque, assez grave pour plier à leur empire les cas où les inconvénients étaient moins saillants.

Le Code l'a senti; il a généralisé la disposition de l'article 49 de l'ordonnance de 1735; il oppose un même obstacle à toutes les libéralités quelconques faites à un enfant à naître; en cela il a mis plus d'harmonie que l'ordonnance de 1735 dans ses dispositions.

608. Le dirai-je cependant? je ne considère pas comme

(1) Furgole, *loc. cit.*

très-forte l'argumentation par laquelle d'Aguesseau repousse la légalité de la condition « *Si filius nascatur.* » Je n'aperçois pas pourquoi cette condition serait privée de l'effet rétroactif qui appartient à l'accomplissement de toutes les conditions. Nous verrons par l'article 1048, qu'elle est admise par la loi dans le cas de substitution. Elle n'est donc pas affectée d'un vice radical. Et pourquoi le serait-elle, puisqu'elle n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs? D'Aguesseau, en lui faisant le procès, oublie qu'elle avait paru juridique à une longue série d'arrêts et aux plus éminents docteurs (1).

609. Dira-t-on que l'enfant à naître est personne incertaine? On pouvait le décider ainsi du temps de Caïus (2). Mais ces subtilités sont depuis longtemps reconnues inadmissibles (3); et la rectitude de notre jurisprudence les repousse (4). Tout le monde reconnaît aujourd'hui qu'il n'est pas nécessaire que le testateur connaisse la personne qu'il gratifie; il suffit qu'il soit certain que la libéralité n'ira pas s'égarer sur la tête d'une personne qu'il n'avait pas en vue.

610. Quant à la distinction de d'Aguesseau entre les incapacités accidentelles et civiles et les incapacités naturelles, je crois qu'elle mérite le reproche de subtilité que le célèbre chancelier adresse à la thèse contraire. On convient que le testateur peut instituer une personne incapable pour le moment où elle deviendra capable. On convient que par le moyen d'une disposition conditionnelle, il peut faire que la capacité ne soit prise et exigée qu'au moment de l'échéance de la condition et non au moment du décès de lui, testa-

(1) Voy. Cujas, *consult.* 50 et 53. Hotman, *quæst. illust.*, 6. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 51. Domat, *loc. cit.* Dumoulin cité par Brodeau.

(2) II, comm. 241 et 242.

(3) Instit., *De legat.*, 26.

(4) *Supra*, n° 544.

teur (1). Si cette règle est vraie, pourquoi ne serait-elle pas applicable à l'enfant à naître ? Sans aucun doute, il faut être né ou conçu pour être gratifié : l'existence est la première des conditions. Et si la personne gratifiée purement et simplement n'existe pas, la disposition ne vaudra rien par suite d'une impossibilité radicale. Mais quand la disposition est faite sous la condition de la naissance d'un enfant qui n'existe pas encore, il n'en est plus de même : la naissance réalise la condition. L'enfant existe, et il existe au moment requis en matière de condition. Il n'y a plus d'impossibilité; tout devient simple, rationnel et évident.

611. Je reconnais toutefois qu'en dehors de tout ceci, il existe une très-bonne raison pour justifier notre article : c'est l'incertitude que l'institution des enfants à naître fait planer sur la propriété, et cette considération a une haute gravité. Le Code Napoléon, autant dans l'intérêt des parties que dans celui des tiers et d'une bonne économie sociale, n'aime pas le doute dans la transmission des biens. Partout il se tient en défiance contre les volontés qui mettent les biens hors du commerce, et qui, par là, nuisent à leur amélioration et au développement de la richesse. Il a donc vu avec défaveur une manière de disposer qui est pleine de suspensions et d'attentes. Il a craint, par exemple, de voir renaître ces libéralités faites aux enfants à naître d'un homme non marié (2); libéralités qui, avec beaucoup d'autres de ce genre aussi exagérées dans leurs combinaisons, avaient mis tant d'entraves dans les affaires de famille, avant l'ordonnance de 1735. Telle est, suivant moi, l'explication de notre article, et il n'est pas nécessaire de se mettre l'esprit à la torture pour l'attribuer à des impossibilités de droit qui sont au moins très-contestables.

(1) L. 62, D., *De hæred. instit.* (Modest.).
(2) Lettre précitée de d'Aguesseau.

612. On vient de voir que, dans la vérité des principes, tels qu'ils sont proclamés par le droit romain et par le droit français, on n'aurait aucune raison sérieuse de contester la validité d'un legs ainsi conçu : Je donne 50,000 fr. à la congrégation de ***, si elle vient à être autorisée par le gouvernement. Cette disposition équivaut à celle de la loi 62, D., *De hæredib. instit.* « *Cum capere potuerit.* »

Il en serait de même si le legs, au lieu de renfermer la condition expresse dont il vient d'être question, la contenait implicitement. Comme, par exemple, lorsque le testateur, voulant gratifier une congrégation religieuse, n'ayant encore qu'une existence de fait au moment du testament, mais nourrissant la pensée de régulariser son établissement par l'obtention ultérieure d'une autorisation, fait en sa faveur une disposition de dernière volonté : dans ce cas, il est clair que le testateur a sous-entendu la condition *cum capere potuerit;* c'est là une de ces conditions implicites, *quæ insunt*, comme dit la loi romaine. Et quand intervient l'autorisation du gouvernement, le legs est valide *ab initio*, par l'effet rétroactif attaché à la réalisation des conditions.

Ces vérités ont été méconnues dans un arrêt de la cour de Douai du 30 juin 1851 dont voici l'espèce :

M. Lefebvre de Trois-Marquets, conseiller à la cour de Douai, avait, par testament notarié du 24 janvier 1843, fait entre autres legs la disposition suivante : « Je donne et lègue » à la maison des dames de la Charité d'Arras la nue pro- » priété des biens, immeubles et rentes sans exception que » je possède à Lislers et aux environs, pour réunir, par les » dames de la Charité d'Arras, la jouissance à la nue pro- » priété desdits immeubles et rentes, à partir de l'extinction » de l'usufruit que j'en ai légué à ma femme... »

Le testateur était mort le 29 du même mois de janvier.

Le 24 avril suivant, l'autorisation était demandée au gou-

vernement pour l'acceptation de ce legs. Sur cette demande, le 6 mars 1847, une ordonnance royale était rendue, qui accordait l'autorisation, nécessaire pour accepter, à la supérieure générale des sœurs de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul, congrégation religieuse dont la maison d'Arras n'était qu'une succursale, et qui existait légalement depuis le 8 novembre 1809. Par la même ordonnance, la maison d'Arras était autorisée comme établissement de l'ordre de la congrégation des sœurs de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul.

Sur le refus de l'héritier de consentir à l'exécution du legs, une demande en délivrance fut dirigée contre lui à la date du 22 mars 1849 au nom de la supérieure générale de l'ordre à Paris et de la supérieure locale de l'établissement d'Arras.

Cette demande fut rejetée en première instance; et, sur l'appel, la cour de Douai eut à juger les deux questions suivantes :

L'existence de l'établissement des dames d'Arras n'ayant été autorisée que postérieurement au décès du testateur, le legs est-il valable ?

Ce legs peut-il être réputé avoir été fait à la congrégation-mère dont la maison des dames d'Arras n'était qu'une succursale et qui était régulièrement autorisée depuis 1809?

Sur ces deux questions, la cour de Douai repoussa la demande.

L'arrêt d'abord établit en principe que c'est au moment de l'ouverture de la succession que se règle la capacité du légataire, et il refuse d'admettre que l'ordonnance du 6 mars 1847 ait pu donner à l'établissement dont il s'agit une aptitude rétroactive au 29 janvier 1845.

Examinant l'objection tirée de l'existence légale depuis 1809 de la congrégation des sœurs de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul, l'arrêt, tout en reconnaissant que les sœurs composant la maison d'Arras sont momentanément détachées

de la maison chef d'ordre et appartiennent à cette congrégation, décide que ce serait méconnaître l'intention du testateur que de permettre à la congrégation générale d'accepter un legs expressément fait à un établissement particulier, et il s'applique en outre à faire cette distinction que le décret de 1809 n'a autorisé que la maison chef d'ordre de Paris seule, et qu'ainsi la maison d'Arras ne peut trouver dans ce décret une existence civile qui ne lui a été donnée qu'en 1847.

La cour de cassation a prononcé, sous ma présidence, la cassation de cet arrêt (1). Toutefois elle n'a statué que sur l'une de ces deux questions. Elle a décidé que les dames d'Arras, détachées de la congrégation, ne formaient pas un établissement particulier ayant une existence propre, et que le legs devait être réputé fait à la congrégation même, régulièrement et dès longtemps autorisée, avec affectation spéciale au soulagement des pauvres et malades secourus par les membres de ladite congrégation détachés à Arras.

Quant à l'autre question, que la cour a entendu laisser intacte parce qu'il n'était pas nécessaire de la décider, celle de savoir si l'autorisation postérieure à l'ouverture de la succession était suffisante pour valider le legs, il n'est pas douteux, d'après les principes que nous avons établis plus haut, que l'arrêt de la cour de Douai n'aurait pu davantage se soutenir.

Telle a été l'opinion de M. l'avocat général Vaïsse. Il y avait en effet ici, dans l'intention du testateur, la condition implicite que le légataire se mettrait en règle et obtiendrait, en tant que de besoin, l'autorisation du gouvernement. Cette condition avait pour résultat de rétroagir au jour du décès du testateur. L'autorisation était venue réaliser la condition;

(1) 6 mars 1854 (Devill., 54, 1, 374).

l'établissement existait donc légalement au moment requis en matière de condition.

Du reste on comprend que, dans l'espèce, le conseil d'État, conformément à une jurisprudence qu'il a adoptée depuis plusieurs années, ait accordé à l'établissement des dames d'Arras simultanément les deux autorisations nécessaires : celle relative à son existence légale et celle concernant l'acceptation du legs. En effet, les libéralités, auxquelles sont appelés les établissements de cette nature, deviennent un motif déterminant de l'autorisation qui est demandée. Il y a dans ces libéralités une garantie assurée à l'existence matérielle de ces établissements et qui est de nature à les faire autoriser.

615. Mais que devra-t-on décider, si l'établissement gratifié n'existe pas, même de fait, au moment de l'ouverture de la succession et si le testateur a dit, par exemple : « Je donne » 10,000 fr. aux sœurs du Sacré-Cœur qui s'établiront à » Paris dans vingt ans ? » La disposition sera-t-elle nulle si, au décès du testateur, l'établissement n'existe pas encore?

Nous avons cité ci-dessus un arrêt du parlement de Paris du 25 août 1525 qui s'est prononcé pour la validité. Mais à cette époque on vivait sous une jurisprudence qui n'était pas conforme aux idées de l'art. 906.

Or, on peut dire que l'art. l'art. 906 est applicable ici ; que la personne morale gratifiée par le testateur n'avait pas d'existence au moment de son décès ; qu'on conçoit bien une libéralité faite à un couvent qui n'existe que de fait, à la condition qu'il sera autorisé légalement ; et alors la libéralité est valable lors même que l'existence de droit ne lui serait donnée par l'autorité compétente qu'après le décès du testateur (1) ; mais que, lorsque l'existence de droit et l'exis-

(1) *Supra*, n° 611. On y cite la loi 62, D., *De hæred. instit.*

tence de fait n'arrivent toutes deux qu'après le décès du testateur, c'est le cas de se retrancher dans la disposition de l'art. 906 du Code Napoléon.

Cependant, je crois que cette argumentation, toute spécieuse qu'elle est, doit s'évanouir devant les réflexions suivantes. Quelle a été la véritable pensée du testateur? C'est de se montrer libéral envers l'Église, dont les congrégations religieuses sont les membres et les auxiliaires; quelle que soit la formule dont il s'est servi, son legs se réduit à ceci : je donne à l'Église 10,000 fr., à condition que dans vingt ans elle établira à Paris un couvent du Sacré-Cœur, à la dotation duquel elle emploiera ces 10,000 fr. Or, l'Église est une société impérissable, qui existait au moment du décès du testateur. Donc, l'art. 906 ne saurait être invoqué dans ce cas, que par suite d'une équivoque.

614. Et par là, l'on voit que rien ne s'oppose à la validité d'un legs adressé à une personne présente, à la charge d'en faire profiter, suivant telle ou telle circonstance, une autre personne non encore vivante au moment du décès du testateur.

C'est ce que va rendre plus clair et plus palpable l'exemple suivant :

« Un individu lègue à la ville d'Orléans une rente annuelle de 9,000 fr. pendant trente ans. Cette rente est destinée par le testateur à doter tous les ans trois jeunes filles de dix-neuf à vingt ans de la paroisse de Recouvrance, où il est né (1). »

Cet individu meurt dans l'année de la confection de son testament. Dira-t-on que les jeunes filles, qui seront nées après le décès, ne sont pas capables? Évidemment non. Car elles ne sont gratifiées que par forme de charge. Le legs est

(1) *Débats*, 11 juillet 1851.

fait directement à la ville d'Orléans, personne capable et qui a recueilli le legs sous la condition de présider à l'exécution des volontés du disposant.

615. Voici un cas analogue :

François constitue une rente de 1,000 fr. par an, et à perpétuité, payable à celui qui remportera le prix Monthyon, décerné par l'Académie française. C'est vainement qu'on viendrait prétendre que ceux qui par la suite du temps seront couronnés, bien que nés après le décès du testateur, sont frappés d'incapacité. La vérité est qu'un tel legs est réellement fait à l'Académie française, pour donner un supplément de récompense aux lauréats ; c'est en effet l'Académie qui décide du prix en dernier ressort, et qui donne ouverture à la condition par son choix. C'est donc elle qui doit être considérée comme instituée principalement, non pour profiter de la libéralité, mais pour faire l'élection qui doit l'attribuer à la personne la plus méritante.

On déciderait la même chose d'un legs annuel fait à perpétuité à celui des jeunes avocats du barreau de Paris qui fera le meilleur discours à la conférence. Ce legs serait censé fait au barreau de Paris.

616. Nous terminerons par une observation relative à la donation.

Notre article dit que, pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Mais que doit-on entendre par le moment de la donation. Est-ce celui où se rédige l'acte ? Ou bien n'est-ce pas plutôt celui de l'acceptation ?

L'opinion la plus accréditée est que l'acceptation est le moment décisif qui forme le contrat; qu'avant l'acceptation il n'y a qu'une offre simple, sans lien de droit ; que c'est seulement par l'acceptation que la donation acquiert sa per-

fection et sa stabilité; qu'ainsi il suffit que l'enfant soit conçu au moment de l'acceptation (1).

617. Contre cette opinion, on a objecté que l'on ne saurait faire une offre à un être qui n'existe pas; que l'offre n'est sérieuse et valable qu'autant qu'elle s'adresse à une personne existante; qu'ainsi c'est au moment même de l'acte que l'enfant doit être conçu (2).

Mais nous n'adoptons pas cette manière de voir. Elle n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. Dans le texte: car l'art. 906 exige l'existence non au moment du don, mais au moment de l'acceptation; dans l'esprit: car il n'y a à craindre ici ni suspension, ni incertitude, ni mise de la propriété hors du commerce; le donateur est maître à chaque instant de retirer sa donation.

Ajoutons que l'offre subsiste tant qu'elle n'est pas révoquée. Il ne faut donc pas dire qu'elle s'adresse au néant, puisqu'elle est toujours présente et qu'elle se renouvelle le jour de la conception.

Article 907.

Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur.

Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré.

(1) M. Grenier, t I, p. 622. *Supra*, n° 441. MM. Duranton, t. VIII, n° 223; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 377.

(2) M. Coin-Delisle sur notre article.

Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs.

SOMMAIRE.

618. La prohibition de cet article tire son origine des ordonnances des rois de France et de la coutume de Paris.

619. Le Code a retracé ici, à peu de chose près, les dispositions de l'ancienne jurisprudence quant à la prohibition et quant aux exceptions.

620. Peu importe que le mineur soit devenu majeur et ait réglé ses comptes avec son tuteur ; le legs qu'il a fait à celui-ci est nul dès l'origine, et ne saurait être confirmé par ces faits ultérieurs.

621. Le tuteur qui cesse son administration avant la majorité de son pupille peut, lorsqu'il a rendu et apuré son compte, recevoir par testament de ce même pupille.

622. Il n'est pas besoin que le reliquat du compte soit payé, il suffit que le compte soit clos;

623. Ou bien encore qu'il y ait prescription.

624. La prohibition de cet article ne doit pas être étendue à d'autres qu'aux tuteurs. — Toutefois le subrogé tuteur, qui serait un tuteur de fait, pourrait, suivant les circonstances, être frappé d'incapacité.

625. Le second mari de la veuve qui se remarie, et qui conserve indûment la tutelle de ses enfants du premier lit, doit être traité comme un tuteur incapable de recevoir.

626. De même, si l'épouse qui convole a été maintenue dans la tutelle, son second mari, devenu cotuteur, ne saurait se mettre sur la ligne des ascendants.

COMMENTAIRE.

618. La prohibition dont parle cet article ne tire pas son origine du droit romain. On y trouve plusieurs lois qui prouvent que le pupille pouvait valablement donner à son

tuteur (1). François Ier fut le premier qui, par son ordonnance de 1539, défendit aux mineurs de faire des dispositions à titre gratuit au profit de leurs tuteurs. Une déclaration d'Henri II, en date de février 1549, répéta la même défense qui passa dans l'art. 276 de la coutume de Paris, lors de sa réformation, et qui fut observée même dans les pays de droit écrit (2). Cependant la jurisprudence attestée par Furgole, quoiqu'elle fût combattue par Ricard (3), dispensait de la rigueur de l'ordonnance les plus proches parents du défunt. L'art. 276 de la coutume de Paris exceptait même de la prohibition les tuteurs ascendants du pupille (4).

619. Mais aussitôt que le tuteur était quitte de son administration, il recouvrait sa capacité. Toutefois il fallait que la charge fût intervenue sans fraude. « S'il paraissait, dit » Ricard (5), que le tuteur eût procuré sa décharge prématurément, soit en faisant nommer un autre tuteur en sa » place, ou en faisant émanciper ses mineurs avant l'âge » ordinaire, avec dessein de les faire disposer en sa faveur, » il y aurait lieu de prononcer la nullité de la donation. » Aussi la loi 6, C., *De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem* (6), avait sagement étendu la prohibition » que les précédentes lois avaient faite aux tuteurs de faire » les mariages de leurs pupilles avec leurs enfants, non-» seulement jusqu'à ce qu'ils eussent rendu compte, mais

(1) L. ult., D., *De legat.*, 1°. L. 31, § 2, D., *De liberat. leg.*, L. 28, § 4, D., id.

(2) Furgole, VI, 2, 76, et V, 1. 11. *Junge* Orléans, 296, et Normandie, art. 434.

(3) *Donat.*, n° 468 à 470.

(4) Ricard, n° 459.

(5) N° 458.

(6) Valère et Gallien.

» aussi jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, et encore un an au » delà. »

Le Code, comme on le voit, a retracé, à peu de chose près, les dispositions de l'ancienne jurisprudence.

Le mineur ne peut donner à son tuteur, même par testament. Un legs de libération, ou tout autre, n'aurait aucune valeur. La loi présume ici la suggestion par une présomption *juris* et *de jure*.

Le mineur, devenu majeur, ne peut donner à celui qui a été son tuteur que quand le compte définitif de tutelle a été préalablement rendu et apuré.

Enfin, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs, ne sont soumis à aucune prohibition. Les liens du sang et l'affection filiale font taire tous les doutes et expliquent suffisamment toutes les libéralités.

620. Il importait peu que le mineur, devenu majeur et ayant réglé ses comptes avec son tuteur, n'eût pas révoqué son testament, et ce serait vainement qu'on dirait que le legs a été confirmé et validé par les faits ultérieurs. Le legs était nul dans l'origine. Il faut qu'il soit refait (1).

621. D'après l'art. 907, le tuteur qui cesse son administration avant la majorité de son pupille, peut-il, lorsqu'il a rendu et apuré ses comptes, recevoir par testament de ce même pupille?

(1) *Supra*, nos 436, 437, 438. Je trouve une application de ceci dans un arrêt aux termes duquel est nul le legs fait par un mineur devenu majeur au profit de son tuteur, encore bien qu'il ait été précédé d'un compte rendu par ce dernier, si ce compte, le récipissé des pièces à l'appui et son apurement sont simulés et frauduleux, et n'ont été consentis que dans le but de relever le tuteur et le mineur de leur incapacité; il importe peu qu'au moment où la nullité d'un tel legs est demandée, il se soit écoulé plus de dix ans depuis la reddition du compte, et que par conséquent l'action en nullité de ce compte soit prescrite. Req. 31 mai 1858 (J. Pal. 1859, p. 638). Conf. M. Coin-Delisle, rt. 907 nos 2 et 15. Mais V. Marcadé art. 907 no 3. V. aussi *infra*, no 623.

On a vu plus haut que, sous l'ancienne législation, il le pouvait lorsqu'il sortait de bonne foi de la tutelle. La raison de douter vient de ce que, d'après le contexte de l'art. 907, il semble qu'il n'y ait que le majeur qui puisse donner à son tuteur qui a rendu et apuré son compte. Mais il ne faut pas trop s'attacher à l'écorce des mots pour affaiblir l'esprit de la loi. Qu'a voulu en effet le législateur? Empêcher qu'un tuteur ne profitât de son influence sur l'esprit de son pupille pour lui arracher des libéralités, et qu'étant maître de ses biens, il ne tînt indirectement aussi sa personne, suivant les énergiques de expressions Ricard (1). Mais, lorsque la tutelle est finie, cet empire n'est plus à craindre, soit que ce soit la majorité du pupille, soit que ce soit la démission du tuteur qui y donne fin. En effet, tous les moyens de suggestion qu'avait le tuteur ne sont plus en son pouvoir; il devient pour ainsi dire étranger à celui qui avait été sous sa tutelle, et il est bien juste que dès lors ce dernier puisse reconnaître les obligations qu'il lui a, et lui témoigne sa reconnaissance pour la fidélité de sa gestion. Du reste, la lettre même de la loi, si l'on veut y faire bien attention, ne dit rien de contraire à notre opinion. Elle défend bien au mineur de donner à son tuteur. Mais elle ne défend pas de donner à celui qui a cessé d'être tuteur; ce dernier n'est plus tuteur en effet, il n'est qu'étranger. Il doit donc jouir des priviléges des étrangers. Nous devons dire que cette opinion a contre elle de graves autorités; et ce qu'il y a de remarquable, c'est que, comme nous, elles se fondent sur le texte de l'art. 907 (2). Mais il nous semble que le texte nous

(1) N° 454.

(2) M. Delvincourt, t. II, p. 201. M. Dalloz, t. V, p. 277. M. Bayle-Mouillard, t, I, p. 530. Bruxelles, 14 décembre 1814. Palais, t. XII. p. 490. Metz, 18 janvier 1821 (Devill., 6, 2, 353. Dalloz, 5, 278). — Mais, dans le sens de l'opinion que je défends, V. MM. Coin-Delisle, art. 907. n° 4; Duran-

appartient; et ce texte est d'accord avec l'ancien droit et avec le principe que les incapacités ne doivent pas être étendues.

622. Par ces mots *rendu et apuré*, l'art. 907 indique suffisamment qu'il n'entend pas que le reliquat soit payé. Cependant, dans l'ancienne jurisprudence, Ricard soutenait que le tuteur n'était déchargé qu'autant qu'il avait non-seulement rendu son compte, mais encore payé son reliquat (1). Mais Furgole l'a très-bien réfuté (2). Il suffit que le compte soit clos. Et c'est là ce que notre article a clairement voulu? Le mot *apuré* ne signifie pas payé : il signifie *liquidé* (3).

623. A l'apurement du compte il faut joindre la prescription qui en tient lieu (4). L'expiration du délai de dix ans, à partir de la majorité (art. 475), fait supposer que le compte a été rendu.

624. Comme les incapacités sont de droit étroit, l'art. 907 ne doit pas être étendu aux curateurs ou subrogés tuteurs, au conseil judiciaire, aux instituteurs ou précepteurs et autres individus quelconques, qui exercent des fonctions analogues. Elles ne frappent pas non plus le tuteur *ad hoc;* car il n'a aucune autorité sur la personne ; ni le conseil spécial nommé par le père à la mère survivante et tutrice ; ni le mandataire ; ni le *negotiorum gestor*.

Si toutefois le subrogé tuteur gère en réalité, à la place du tuteur empêché ou incapable, s'il est, en un mot, tuteur de fait, on pourra prendre en considération son influence

ton, t. VIII, n° 200. Marcadé, art. 907. Massé et Vergé, *sur Zachariæ*, t. III, § 418, note 18. — V. aussi Aix 14 mai 1860 (Devill., 61, 2, 269).

(1) N° 455.

(2) *Quest. sur les donations*, quest. 36.

(3) M. Toullier, t. V, n° 65. M. Grenier, t. I, p. 532, n° 119.

(4) Colmar, 19 janvier 1842 (Devill., 42, 2, 365. Dalloz, 42, 2, 213).

sur la personne du pupille, et, suivant que celui-ci aura été dominé par son ascendant, on pourra déclarer le testament nul (1). Notez bien qu'en pareil cas l'incapacité n'est pas de droit : elle dépend des circonstances de la cause.

625. Mais on doit assimiler au tuteur l'époux de la veuve qui se remarie et qui conserve indûment la tutelle de ses enfants du premier lit. Ici, il existe un texte décisif ; c'est l'art. 395 du Code Napoléon qui déclare le second mari responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée. Par l'effet de cette disposition, le second mari est traité comme un tuteur ; il doit rendre compte ; ses biens sont grevés d'hypothèque. L'art. 907 s'étend donc nécessairement à lui 2).

626. Que si l'épouse qui convole est maintenue dans la tutelle, le second mari devient cotuteur (3) ; partant de là, il est frappé de l'incapacité portée en notre article. Vainement voudrait-il se mettre sur la ligne d'un accendant. Il n'est que beau-père, ce qui n'est pas la même chose (4).

ARTICLE 908.

Les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre *des Successions*.

SOMMAIRE.

627. Des variations du droit relativement à la capacité des enfants naturels.

(1) Grenoble, 26 juillet 1828 (Dalloz, 29, 2, 73).

(2) Cassat. d'un arrêt de Nîmes, 14 décembre 1836 (Dalloz, 37, 1, 86). Montpellier, 21 décembre 1837 (Devill., 38, 2, 390. Dalloz, 38, 2, 164).

(3) Art. 396.

(4) Metz, 18 janvier 1821 (Devill., 6, 2, 353. Dalloz, 5, 278).

628. L'incapacité de l'art. 908 n'est relative qu'aux père et mère de l'enfant naturel reconnu.

629. Il faut distinguer les enfants naturels adultérins ou incestueux des enfants naturels proprement dits. — Ceux dont la naissance a un caractère reconnu d'adultérinité ou d'inceste ne peuvent recevoir que des aliments.

630. La jurisprudence de la cour de cassation n'admet la qualité d'enfant adultérin que lorsqu'elle est constatée par le résultat d'un débat judiciaire. — Elle regarde, comme ne pouvant produire aucun effet, la reconnaissance d'un enfant adultérin. — Examen critique de cette jurisprudence.

631. Des droits de l'enfant naturel reconnu sur les successions *ab intestat* de ses père et mère.

632. L'enfant naturel reconnu n'est pas incapable vis-à-vis de son aïeul ou vis-à-vis des parents de ses père et mère, à l'égard desquels il est considéré comme étranger.

633. Il en est de même du bâtard adultérin.

634. De la réduction des libéralités faites à un enfant naturel et excédant la mesure fixée par l'art. 908. — Quelles personnes peuvent demander cette réduction?

COMMENTAIRE.

627. Pour connaître les progrès et les variations du droit relativement à la capacité des enfants naturels, on ne peut mieux faire que d'étudier ce qui en a été dit par Furgole (1) et par Bacquet (2).

Nous ne voulons pas entrer dans ce sujet. Il appartient beaucoup mieux au titre *des Successions*, auquel renvoie notre article. Le titre que nous commentons a déjà assez d'étendue. Il est inutile de l'allonger par des digressions. Renfermons-nous donc dans les limites de notre article.

(1) *Test.*, VI, 2, 90.
(2) *Droit de bâtardise.*

628. Et d'abord, il importe d'observer que l'espèce de demi-incapacité qui pèse sur les bâtards, n'est relative qu'à leurs père et mère : la loi n'a pas voulu que ceux-ci pussent se complaire dans le souvenir de leurs déréglements, en favorisant celui qui en était le fruit. Mais, à l'égard de tous autres, les bâtards n'en ont pas moins une capacité pleine et entière de recevoir par testament et donation.

Ceci posé, comme le père et la mère d'un bâtard ne sont pas toujours certains, il faut que ce bâtard soit légalement reconnu par eux, pour qu'il se trouve placé, à leur égard, dans la situation que la loi leur a faite, en conciliant les intérêts de l'humanité avec les intérêts de la famille légitime. Ce n'est que par la reconnaissance qu'il acquiert, à leur égard, certains droits de parenté et de filiation, qu'il devient apte à prendre une part dans leur succession *ab intestat*. Sans cette reconnaissance, il est étranger pour tout le monde; la loi l'abandonne à lui-même, privé, par le mystère même de sa naissance, de toute famille, de tout lien du sang. L'enfant naturel non reconnu est donc virtuellement incapable de toute succession *ab intestat*. Mais sa capacité testamentaire n'est restreinte par aucune incapacité relative, puisqu'il est isolé de toute relation de famille, et qu'il est considéré comme étranger, même pour ceux qui lui ont donné clandestinement le jour. Au contraire, l'enfant naturel reconnu, quoique n'étant pas héritier, a cependant des droits successifs sur les biens laissés *ab intestat* par ses père et mère. Mais sa capacité pour recevoir par testament, est restreinte à l'égard de ceux-ci. Il ne fallait pas qu'un père pût verser les mêmes bienfaits sur le fruit d'une union illégitime que sur l'enfant né à l'ombre du mariage.

Notre article dit donc que les enfants naturels ne pourront recevoir rien au delà de ce qui leur est accordé au

titre *des Successions*. Il n'entend parler que des enfants naturels reconnus (1).

629. De là une distinction entre les enfants naturels nés *ex soluto* et *ex soluta*, et les enfants naturels nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Les derniers ne peuvent recevoir que des aliments (Code Napoléon, art. 762).

Et qu'on ne s'étonne pas qu'il y ait des enfants naturels adultérins ou incestueux reconnus, bien que la reconnaissance soit interdite à leur égard par l'article 335 du Code Napoléon. « Quoique les enfants adultérins ou incestueux, » disait M. Siméon, orateur du Tribunat (2), ne puissent » être reconnus, leur existence est un fait qui peut être » quelquefois évident (3). Un enfant aura été valablement » désavoué par un mari ; il aura été jugé le fruit de l'adul- » tère de l'épouse; le crime de sa mère ne saurait la dis- » penser de lui donner des aliments. Un homme aura signé » comme père un acte de naissance, sans faire connaître » qu'il est marié à une autre femme ou que la mère est sa » sœur, il aura voulu faire fraude à la loi; l'enfant, igno- » rant le vice de sa naissance, se présentera dans la succes- » sion pour y exercer le droit d'un enfant naturel. On le » repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne » pouvait légalement l'avouer. Mais l'aveu de fait, écrit

(1) Encore même faut-il, d'après la jurisprudence, que la reconnaissance n'ait pas été faite tardivement et soit régulière. Il a été décidé, en effet, que l'enfant naturel né de l'un des époux antérieurement au mariage, mais reconnu par lui seulement depuis la célébration, est non seulement privé de tout droit sur la succession de celui-ci, s'il existe une descendance légitime, mais même est incapable d'en recevoir des libéralités sur la portion disponible. Poitiers, 4 mai 1858, (Dalloz, 59, 2, 122).

(2) Fenet, t. XII, p. 231.

(3) M. Treillard, disc. au conseil d'État sur l'art. 762. Fenet, t. XII, p. 30, et exposé du titre *des Successions* au Corps législatif (Fenet, t. XII, p. 150).

» dans son acte de naissance, lui restera et lui procurera
» des aliments. »

En un mot, toutes les fois que l'adultérinité est constatée en fait, cette constatation suffit, pour réduire à des aliments, celui sur qui pèse une si triste qualité.

630. La cour de cassation fait cependant des distinctions.

Si la qualité d'enfant adultérin est constatée par le résultat d'un débat judiciaire, nul doute aux yeux de la cour supême que l'enfant ne soit tenu de l'accepter et d'en subir les conséquences.

Mais si cette qualité lui est donnée dans un acte de reconnaissance volontaire, il n'en est pas de même. La reconnaissance d'un enfant adultérin n'est pas admise. L'article 335 la repousse, afin d'étouffer les scandales de l'inceste ou de l'adultère. Il n'en doit donc rien rester; elle est proscrite d'une manière absolue (1).

Si cependant la donation et la reconnaissance sont écrites dans le même acte, alors on est fondé à croire que la filiation a été la cause de la libéralité; et comme cette cause est im-

(1) C. cassat. Req. 11 novembre 1819 (Devill., 6, 1, 130). — Cassat. d'un arrêt de Nancy, 9 mars 1824 (Devill., 7, 1, 408), — Rej. 1er août 1827 (Dalloz, 27, 1, 436). Rej. 18 mars 1828 (Dalloz, 28, 1, 170). Rej. 8 février 1836 (Dalloz, 36, 1, 81). Cass. 4 décembre 1837 (Dalloz, 38, 1, 14). Cass. 3 février 1841 (Dalloz, 41, 1, 104). J'ajoute, à ces précédents un arrêt déjà annoté (*supra*, nº 389) et par lequel la cour de cassation, après avoir posé en principe l'annulabilité d'une libéralité dont la cause déterminante serait l'opinion qu'avait le testateur d'être le père du légataire, son fils adultérin, ajoute que la preuve de l'opinion que le testateur avait de sa paternité et de l'influence déterminante que cette opinion a exercée sur sa disposition, doit résulter entière et complète des dispositions attaquées, et qu'elle ne peut s'induire ni d'une reconnaissance antérieure que le testament ne rappellerait pas, ni de papiers domestiques et de correspondances, qui conduiraient indirectement à une recherche de la paternité. Rej. 31 juillet 1860 (Dalloz 60, 1, 458. Devill., 60, 1, 833).

morale et illicite, la libéralité doit nécessairement tomber (1). Hors ce cas, la libéralité n'est pas affectée par la reconnaissance : cette reconnaissance n'étant pas insérée dans l'acte dont se prévaut l'enfant, on ne peut la lui opposer. Il la repousse comme illégale, comme nulle et préjudiciable à ses intérêts.

Bien qu'appuyée sur de nombreux arrêts, il s'en faut de beaucoup que cette jurisprudence ait levé tous les doutes. Elle est controversée dans la doctrine (2) et dans les arrêts (3).

Assurément, la cour de cassation s'est placée dans le vrai, quand, trouvant dans l'acte de libéralité la mention de la cause illicite qui l'a produite, elle en prononce la nullité. On le sait : la cause illicite vicie la disposition alors qu'elle est finale (4). Or, la filiation incestueuse ou adultérine est évidemment le motif générateur de la libéralité, adressée à l'enfant auquel la qualification de fils est attribuée.

Mais la jurisprudence de la cour de cassation est-elle aussi satisfaisante pour la vérité, pour la raison, pour la bonne foi, lorsque, le vice de la naissance étant prouvé par une reconnaissance étrangère à l'acte de libéralité, elle repousse cette preuve et s'obstine à voir un étranger dans celui qui n'a été gratifié que comme enfant?

Je ne le crois pas. Il faut prendre garde de ne pas mettre des fictions à la place du vrai.

Le grand argument de la cour de cassation, c'est que d'a-

(1) 14 janvier 1832, cassat. d'un arrêt de Toulouse (Dalloz, 32, 1, 48). 7 décembre 1840 (Dalloz, 41, 1, 44. Devill., 41, 1, 140).

(2) Voy. une dissert. de M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 567. M. Merlin, Répert., vo *Filiation*, § 20.

(3) Lyon, 25 mars 1835 (Dalloz, 35, 2, 117). Paris, 14 décembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 3), 22 juin 1839 (Dalloz, 39, 2, 267). Rennes, 31 décembre 1834 (Dalloz, 36, 2, 109). Bourges, 4 janvier 1837 (Dalloz, 39, 2, 210).

(4) *Supra*, nº 389.

près l'art. 335 du Code Napoléon, la reconnaissance ne peut pas avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Mais il faut faire attention que cet article n'a d'autre objet que de priver les enfants adultérins des avantages que la reconnaissance légale peut procurer aux enfants naturels, et non de les placer, à l'aide d'un voile artificiel et de doutes affectés, dans une position privilégiée. Qu'a voulu l'art. 335 ? Empêcher les enfants incestueux ou adultérins d'entrer dans la famille, d'acquérir une possession d'état, d'être légitimés par mariage subséquent, d'avoir part dans la succession. Or, voilà que la jurisprudence de la cour de cassation, tournant l'art. 335 contre son propre but, donne aux enfants adultérins et incestueux le moyen d'avoir une part dans la succession!!

La cour de cassation entend que la reconnaissance, faite dans les circonstances de l'art. 335, est infectée d'une nullité radicale qui empêche tout effet. Mais rien de pareil n'existe dans l'art. 335. Il ne prononce pas le moins du monde de nullité absolue.

Sans doute, il laisse la reconnaissance sans les avantages que la loi y attache en général, et c'est en cela qu'il lui enlève ses effets; mais il ne la prive pas de l'autorité d'un fait sérieux, sincère, irrécusable.

C'est ce que prouvent les art. 762, 763, 764. D'après leur texte, l'enfant incestueux ou adultérin a droit à des aliments contre la succession de ses père et mère; mais il n'a droit à rien de plus. Lorsque ces articles ont été édictés, on s'est demandé comment la qualité d'enfant adultérin ou incestueux pourrait être établie, puisque la reconnaissance en était défendue par l'art. 335. Et on a répondu que cette qualité pourrait résulter soit de procédures et jugements, soit de reconnaissances illégales. On n'a qu'à lire le discours

de M. Siméon, rappelé ci-dessus (1). J'y ajoute les paroles de M. Jaubert, orateur du Tribunat, sur l'art. 908 (2). « Quant aux adultérins ou incestueux, dans les cas rares et » extraordinaires où il pourra s'en découvrir par suite, ou » de la nullité d'un mariage, ou d'un désaveu de paternité, » *ou d'une reconnaissance illégale*, ils ne pourront non plus » recevoir que des aliments. »

Par ces paroles, on voit si la cour de cassation est fondée dans sa distinction entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée. La cour de cassation avait sous les veux l'esprit de la loi, deux fois révélé; elle pouvait s'y attacher pour rester dans la vérité : je crains qu'elle ne s'en soit écartée pour entrer dans la fiction (3).

Or cette fiction est choquante à tous les points de vue.

Supposons, par exemple, l'espèce suivante qui, malheureusement pour les mœurs et la pudeur publique, s'est souvent réalisée : un enfant adultérin est reconnu par son père dans un acte public. Ce dernier décède et le laisse dans la misère. Est-ce que cette qualité flétrissante que le père a sciemment donnée à cet enfant, ne vaudra pas du moins pour lui conférer, en compensation, le droit d'exiger des aliments de la part de la succession de celui qui a avoué sa faute? Est-ce que la cour de cassation voudrait que cette reconnaissance fût tellement nulle qu'elle ne l'assurât pas de ce secours nécessaire? Où serait l'humanité? Où serait la justice? C'est là cependant qu'il faudrait aller, pour rester dans la logique de sa jurisprudence. Mais la plupart des

(1) N° 627.

(2) Fenet, t. XII, p. 583.

(3) Je ne conçois pas que M. Devilleneuve dise quelque part que si la jurisprudence de la cour de cassation répugne à une morale sévère, elle est conforme à l'inexorable logique *et ne veut que ce que veut la loi!!!* Mais Jaubert et M. Siméon!!!.

cours d'appel n'ont pas voulu de cette iniquité. Elles ont accordé des aliments (1). Et la cour de cassation elle-même est enfin entrée dans cette voie (2).

Or, si la reconnaissance est bonne pour assurer des aliments, elle ne vaudra rien pour exclure de la succession ? Il faudra faire violence à la réalité, méconnaître des situations qui se sont produites au grand jour, et ajouter au scandale de leur révélation le scandale de leur récompense !

On dit que la reconnaissance ne fait pas preuve contre l'enfant et qu'elle ne saurait lui préjudicier. Mais précisément les art. 762, 763, 764 et 908 veulent qu'elle lui préjudicie, en ce sens, qu'elle l'empêche de prendre part à la succession et d'entrer dans la famille. Et c'est en cela que brille la prudence du législateur à côté de l'imprévoyance de l'opinion contraire. Le législateur n'a pas voulu qu'on se fît trophée de son vice, et que cette bravade trouvât son émolument, comme si de rien n'était. Non ! le législateur n'a pas voulu qu'on se fermât les yeux et qu'on se bouchât les oreilles ; il n'a pas commandé au juge le sacrifice de son discernement. Il entend, au contraire, que lorsque la faute est publique, palpable, avouée, elle produise ses conséquences et que force reste à la morale et à la légitimité. Autrement, la loi tomberait dans une inepte incrédulité.

Sans doute, si la reconnaissance est frauduleuse, rien n'empêche l'enfant de la faire tomber. Mais dans combien de cas cela arrive-t-il ? Dans combien de cas le père n'a-t-il pas rendu à la vérité un hommage arraché par la puissance des faits et la force de la passion ?

Le code sarde est conforme à notre sentiment (3). Il n'a fait que déclarer ce qui est implicitement dans notre Code

(1) Voy. les arrêts précités.
(2) 15 juillet 1846 (Devill., 46, 1, 725).
(3) Art. 187 et 937.

Napoléon, et ce qu'une jurisprudence complaisante n'y voit pas.

Enfin, il semble que la cour de cassation elle-même, cédant à l'empire de l'évidence, ait voulu faire un pas en arrière dans une voie où elle ne trouve que des embarras, des invraisemblances, des contradictions, des chocs contre la vérité. Un arrêt de la chambre civile du 13 juillet 1846 (1) admet formellement que la qualité d'enfant adultérin peut valablement être établie, sinon par un acte de reconnaissance et une recherche de paternité, du moins par les circonstances de la cause. A la bonne heure! et je n'en demande pas davantage pour sauvegarder la morale et la vérité. Tout mon système se réduit à soutenir que le vrai ne doit pas être étouffé par la fiction, dans l'intérêt de l'immoralité. Maintenant qu'on accorde que le vrai peut se rechercher dans les circonstances de la cause, je ne discute plus, et je crois qu'en bonne logique la question de droit est résolue dans un sens qui est le mien.

631. L'enfant naturel, procréé *ex soluto* et *ex soluta*, a ses droits fixés dans les articles 757 et 758 :

« Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, » ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'en- » fant naturel aurait eue, s'il eût été légitime ; il est de là » moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descen- » dants, mais bien des ascendants, ou des frères et sœurs; il » est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni » descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs. »

« L'enfant naturel a droit à la totalité des biens, lorsque » ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré suc- » cessible (2). »

(1) Devill., 46, 1, 725.
(2) Voy. sur l'art. 913, n° 795.

632. L'enfant naturel n'est pas incapable vis-à-vis son aïeul, et l'on ne suit pas un arrêt de la cour de Besançon du 25 juin 1808 (1), qui s'est prononcé pour l'incapacité. En effet, d'après la loi successorale, le bâtard est censé étranger à l'égard de son aïeul; la loi ne lui accorde rien sur l'hoirie de ce dernier. Étranger à l'aïeul, il peut donc recevoir de lui par donation ou testament, aussi bien que de toute autre personne étrangère. Ainsi que nous l'avons dit, il n'y a qu'un instant (2), la prohibition de notre article est purement relative au père et à la mère.

Si l'on devait créer une incapacité entre le bâtard et l'aïeul, il faudrait donc décider aussi qu'il est incapable de recevoir des libéralités de ses oncles, tantes et autres parents de ses père et mère. Mais qui donc pourrait vouloir étendre jusque-là l'incapacité de l'enfant naturel (3)?

633. En est-il de même du bâtard adultérin? Nous pensons que la solution ne doit pas être différente L'aïeul dispose en faveur d'une personne légalement étrangère. Il n'existe dans la loi aucune prohibition.

634. Quand les libéralités, faites à un enfant naturel, excèdent la mesure fixée par l'art. 908, elles ne sont pas nulles; elles sont réductibles. Le droit de demander cette réduction appartient aux héritiers en faveur desquels la loi fait une réserve. C'est un point qui ne saurait faire difficulté.

Mais à défaut d'héritiers à reserve, le même droit appartient-il aux collatéraux ou aux légataires mis par le testateur à la place de ceux-ci?

En ce qui concerne les collatéraux, la question se tranche par l'art. 757, dont toute l'efficacité serait anéantie, s'il était permis au père d'excéder les limites tracées par la loi

(1) Devill., 2, 2. 407. Palais, 6, 763.
(2) *Suprà*, n° 628.
(3) *Junge* M. Grenier, t. I n° 130. M. Toullier, t. V, n° 71.

dans une vue de décence publique et de respect pour la famille. Il est clair que l'art. 921 ne saurait être invoqué ici ; il ne s'applique pas aux droits irréguliers des enfants naturels. Bien que les collatéraux ne soient pas des héritiers à réserve, bien que le testateur puisse les dépouiller par ses libéralités, il ne faut pas en conclure que l'art. 921 leur ferme la voie de l'action en réduction. Le testateur, qui pourrait les dépouiller de tout au profit d'un étranger, ne peut les dépouiller par des libéralités excessives faites à son enfant naturel. L'honnêteté ne le lui permet pas (1).

Maintenant, supposons que le testateur, laissant un enfant naturel, et des frères et sœurs, institue pour son légataire universel un étranger, et qu'en même temps il donne à ce fils naturel plus que la moitié, le légataire universel aura-t-il qualité pour demander la réduction ? Pourra-t-il opposer l'existence de collatéraux qui cependant ne recueillent rien ?

La négative a été jugée par un arrêt de la cour de Paris du 16 juin 1838 (2), par la raison que c'est seulement dans l'intérêt des parents que l'enfant naturel a été restreint à une quotité déterminée. Or, les parents se trouvant exclus, leur intérêt est hors de cause ; il ne reste plus que l'intérêt d'un étranger, c'est-à-dire un intérêt que la loi ne prend pas en considération.

On trouvera plus bas les objections sérieuses qui peuvent se présenter contre ce système (3). Il n'est pas nécessaire que la famille collatérale recueille quelque chose pour limiter le droit de l'enfant naturel ; il suffit qu'elle existe. Son existence est une protestation vivante contre des avantages

(1) *Infra*, n° 829.

(2) Dalloz, 38, 2, 187. Palais, 1838, t. II, p. 75. MM. Loiseau, p. 674, et Levasseur, *Portion disponible*, n° 62.

(3) N° 767.

contraires à la morale publique et prohibés par l'art. 908. D'ailleurs le légataire universel est subrogé dans le droit des collatéraux (1).

ARTICLE 909.

Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens, qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.

Sont exceptées, 1° les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus;

2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte.

SOMMAIRE.

635. Suite des incapacités relatives. — Les incapacités prononcées par l'art. 909 procèdent de la crainte des suggestions.

636. Le Code a adopté sur ce point les errements de l'ancienne jurisprudence, et la présomption de suggestion ne cesse que dans deux cas :

(1) Paris, 9 juin 1834, D., 34, 2, 240. L'annotateur de M. Grenier, t. IV, p. 352. M. Duranton, t. 8, n° 327.

637. *Premièrement*, dans le cas de services rendus, même pendant la dernière maladie; — Sauf aux tribunaux à apprécier si la libéralité est excessive.

638. S'il s'agissait d'un legs rémunératoire, non pas particulier, mais universel, et que ce legs pût s'expliquer par des services rendus, il suffirait que les juges fissent subir au legs une réduction.

639. Il n'est pas nécessaire que l'acte porte avec lui la mention que la libéralité est faite *à titre rémunératoire*.

640. Des rapports étroits d'amitié pourraient-ils effacer la qualité de médecin et justifier le legs? — Jurisprudence.

641. *Deuxièmement*, la parenté est aussi une cause d'exception à l'incapacité de l'art. 909. — Dans quelles limites?

642. Entre époux il n'existe pas d'incapacité.

643. N'est pas nulle de plein droit la libéralité faite au médecin, par contrat de mariage, par sa malade qui l'épouse dans le courant de sa dernière maladie.

644. Pour que l'incapacité portée par l'art. 909 ait lieu, il faut que la libéralité ait été faite dans le cours de la dernière maladie, et que les soins aient été donnés au défunt pendant cette maladie.

645. La simple livraison de remèdes par un pharmacien ne saurait être assimilée à un traitement dans le sens de l'art. 909.

646. *Quid* s'il s'agit d'une maladie non caractérisée, mais d'un état valétudinaire?

647. *A fortiori* l'incapacité de la loi devra atteindre les empiriques et autres individus sans mission qui s'ingèrent dans l'art de guérir.

648. Les gardes-malades et les sages-femmes ne sont l'objet d'aucune incapacité.

649. De l'incapacité des ministres du culte.

650. Par ministre du culte, l'art. 909 n'a pas entendu parler seulement du confesseur.

651. Ainsi, le ministre protestant, qui assiste un malade dans sa dernière maladie est incapable.

652. Un acte isolé, tel que l'extrême-onction, ne serait pas suffisant pour constituer une incapacité.

653. Le prêtre, qui assiste le testateur, peut être nommé par lui exécuteur testamentaire;

654. A moins que ce mandat n'ait pour but de déguiser une libéralité.

655. La libéralité, qui serait adressée par le malade plutôt à l'église qu'au ministre du culte, ne serait point atteinte par l'art. 909.

656. S'il y avait interposition de personnes? — Renvoi.

657. Les avocats ne sont pas compris dans la prohibition de l'art. 909.

COMMENTAIRE.

655. L'art. 909 continue l'énumération des incapacités relatives. Celle des personnes énumérées dans notre article procède de la crainte des suggestions. Quelque honorables qu'elles soient, la loi redoute leur influence dans certains moments; mais cette défiance n'est pas absolue. M. Talon, avocat général, disait au parlement de Paris dans l'affaire Liret (1) : « *Les médecins, chirurgiens et apothicaires n'ont jamais été jugés incapables, lorsqu'il s'est rencontré d'autres causes que leur art seul, qui pouvaient leur avoir mérité des libéralités.* » Aussi, dans l'ancienne jurisprudence, lorsque le médecin, chirurgien ou apothicaire était parent, héritier présomptif ou ami intime du défunt, ou bien lorsqu'il lui avait rendu des services que le malade avait voulu reconnaître, l'incapacité relative cessait, attendu qu'il y avait un motif connu qui avait servi de fondement à la disposition et qui excluait toute présomption de captation. — La jurisprudence des arrêts l'avait constamment jugé ainsi (2). Mais lorsque ces circonstances ne se rencontraient pas, la loi redoutait l'empire du médecin sur son malade; elle considé-

(1) Arrêt du 31 août 1665 (*Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 30).

(2) Voy. un arrêt du parlement de Toulouse, du 10 mars 1744, rapporté par Furgole avec la discussion, VI, 2, 76.

rait comme extorquées les libéralités dont il était l'objet (1). Ce n'est pas qu'aucun texte précis prononçât cette incapacité contre les hommes de l'art; mais la jurisprudence, se fondant sur les lois 3, D., *De extraord. cognit.*, et 9, C., *De professor. et medic.*, avait étendu jusqu'à eux les dispositions des ordonnances relatives aux tuteurs et administrateurs, et notamment de celle de 1539.

636. La loi actuelle a suivi les errements de l'ancienne jurisprudence; elle a précisé les exceptions par lesquelles elle a cru devoir faire cesser la présomption de suggestion. D'une part, le médecin, le chirurgien et le pharmacien sont incapables de recevoir du malade qu'ils soignent dans la maladie dont il meurt; notons bien cette dernière circonstance. De l'autre, cette incapacité est écartée dans deux cas exceptionnels : services rendus et parenté.

637. Les service rendus ne peuvent donner lieu qu'à des dispositions rémunératoires à titre particulier, proportionnées aux facultés du défunt et à l'importance des obligations dont il est redevable. Il faut bien que le malade puisse récompenser, dans des bornes raisonnables, les soins dont il est l'objet, et les services qui lui sont rendus par des personnes dévouées; ces rémunérations sont moins des libéralités proprement dites que le payement de ce qui est dû.

Et il est bien entendu que ces services rendus peuvent être ceux que le malade a reçus dans sa dernière maladie. Rien n'eût été plus injuste que d'enlever à un malade la consolation de s'attacher par des récompenses ceux qui se dévouent à le soulager. Une maladie peut être longue et de-

(1) Furgole, V. 1, 11, et VI, 2, 76, et *Donat.*, q. 32. Ricard, *Donat.*, n° 494. Ferrières *sur Paris*, art. 276. Basnage *sur Normandie*, art. 434. Lalande *sur Orléans*, art. 296. Maynard, liv. 3, ch. 73, et liv. 9, ch. 19 Boniface, 2, 1, 10, 1.

mander des soins spéciaux, assidus, assujettissants. Le malade, dans ce cas, a pu vouloir placer à côté de lui un médecin qui ne le quittât pas. Si les services, le dévouement de cet homme de l'art ont répondu à l'attente du malade, pourquoi celui-ci ne pourrait-il pas exprimer sa gratitude par un legs rémunératoire? Est-ce que la loi a pu avoir la pensée d'interdire la reconnaissance?

Si les héritiers prétendent qu'il y a excès dans la libéralité, ils peuvent la faire réduire : c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider ce point dans leur sage appréciation (1).

638. Bien que notre article n'autorise que les libéralités rémunératoires faites à titre de legs particulier, il ne faudrait pas réprimer d'une manière absolue un legs plus étendu, même un legs universel, si au fond il pouvait s'expliquer par des services rendus (2) ; il suffirait que le juge le réduisît à une juste proportion (3).

639. On a exigé quelquefois que l'acte de libéralité portât avec lui la mention qu'elle est faite à titre rémunératoire (4). Mais c'est là une prescription que rien ne justifie. L'art. 909, en autorisant le legs à cause de services rendus, n'a pas dit par quel moyen se fera la preuve de ces services. Cette preuve dépend des circonstances ; elle est abandonnée à la conscience du juge (5).

(1) Cassat., 13 août 1844 (Dalloz, 44, 1, 340. Devill., 44, 1, 710). D'Olive, V, 19. Arrêt du parlement de Toulouse du 27 novembre 1629. L'auteur donne la discussion, qui est intéressante ; il parle d'Esculape frappé de la foudre à cause de son avarice, et de Galien, qui veut que le médecin commande aux malades comme un roi à ses sujets.

(2) Paris, 9 mai 1820 (Devill., 6, 2, 258).

(3) *Contra* Grenoble, 6 février 1830 (Devill., 31, 2, 186).

(4) Argument d'un arrêt de Montpellier, 19 mai 1813 (Devill., 4, 2, 313).

(5) Grenier, t. I, n° 127.

640. L'affection, fondée sur des rapports étroits d'amitié, de dévouement, est un titre aussi grand que la reconnaissance. Si la loi admet la reconnaissance de services rendus, réprimera-t-elle l'amitié incontestée, qui est indépendante des soins donnés dans la dernière maladie, qui est antérieure à ces soins, et qui est la seule cause de la libéralité? Je ne le crois pas. La qualité de médecin ne doit pas effacer celle d'ami, il ne faut pas qu'un ami, qui en sa qualité de médecin, est venu secourir son ami mourant, et l'assister auprès de son chevet, soit privé par cela seul des libéralités qu'il doit à l'affection et non à un empire aveugle.

L'important, en pareil cas, est de savoir si le legs a été le résultat des soins donnés, ou bien s'il n'a pas eu sa cause dans une amitié antérieure et indépendante de ces soins. Dans ce dernier cas, ce n'est pas le médecin qui a été gratifié, c'est l'ami; et la prohibition de l'art. 909 n'est plus applicable. L'ancienne jurisprudence est formelle sur ce point (1), et il existe un arrêt de la cour de cassation du 24 juillet 1832, qui ne l'est pas moins. Citons-en les termes (2): « Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré en fait, qu'Accarie » médecin, délaissé à l'âge de deux ans par ses parents, fut » recueilli par le sieur Bizardière qui, pendant près de » trente ans, le nourrit et le traita toujours comme son fils; » que c'est à cette affection paternelle qu'on doit attribuer » les soins donnés au sieur Bizardière dans sa dernière ma- » ladie; qu'enfin cette même affection paternelle, toujours

(1) Arrêt du parlement de Paris, du 31 août 1665, cité par Ferrières *sur Paris*, art. 276, n° 51.

(2) Dalloz, 32, 1, 300, 301. Voy. aussi l'arrêt d'Angers, contre lequel le pourvoi était dirigé.— V. cependant Toulouse, 10 mai 1856 (*J. Pal.* 1857, p. 753). Bordeaux, 7 décembre 1857 (*J. Pal.* 1858, p. 329). Toulouse, 9 décembre 1859. (*J. Pal.* 1860, p. 100. Devill., 60, 2, 144. Dalloz, 59, 2, 223). V. aussi MM. Marcadé, art. 909, n° 2. Demante, t. IV, n° 30 *bis* I et IV.

» croissante, fut évidemment la cause déterminante, et la » seule, des dispositions testamentaires faites au sieur Acca- » rie; que, dans de telles circonstances, en déclarant ces » mêmes dispositions testamentaires valables, l'arrêt atta- » qué, loin de violer l'art. 909, s'est au contraire conformé » à la lettre et à l'esprit de cet article, rejette le pourvoi. »

Cet arrêt est très-remarquable; il montre dans quel esprit l'art. 909 doit être appliqué.

641. La parenté est une seconde cause d'exception à l'incapacité de l'art. 909, et cette exception va plus loin que les services rendus; car ceux-ci n'autorisent que les legs particuliers. Mais la parenté légitime les dispositions universelles, pourvu qu'on soit parent au quatrième degré inclusivement, et qu'il n'y ait pas d'héritiers en ligne directe; à moins toutefois que soi-même on ne soit au nombre de ces héritiers (1).

Notez au surplus que l'art. 909, étant fait pour conserver les biens dans les familles, ne s'applique pas aux alliés (2).

642. Le mariage est plus qu'une parenté : il est une union de l'homme et de la femme dans une sainte et indissoluble société. Le mari n'est donc pas incapable de recevoir de sa femme, qu'il a traitée, comme chirurgien, dans la maladie dont elle est morte. Quelle erreur ne serait-ce pas que d'attribuer, aux soins passagers de l'homme de l'art, un libéra-

(1) Il faut d'ailleurs ajouter que les exceptions apportées par l'art. 909 aux incapacités qu'il établit, sont applicables au cas d'interposition de personnes prévu par l'art. 911. Ainsi le legs universel fait à la femme du médecin, laquelle est réputée personne interposée, n'en serait pas moins valable, si cette femme était parente au 4e degré du testateur qui, d'ailleurs, n'aurait laissé aucun héritier en ligne directe. V. Toulouse, 9 décembre 1859 (*J. Pal.* 1860, p. 100. Devill., 60, 2, 145. Dalloz, 59, 2, 223). V. en ce sens, une consultation de M. Bressolles, rapportée par le *Journal du Palais*, *loc. cit.* — *Junge*. Paris, 7 juillet 1855 (*J. Pal.* 1856, t. I, p. 311).

(2) Cass., 12 octobre 1812 (Devill., 4, 1, 199; Dalloz, 5, 583).

lité qui s'explique par l'une des plus puissantes affections de ce monde (1)!

643. La libéralité ne serait même pas nulle de plein droit, dans le cas où le médecin aurait épousé sa malade dans le courant de sa dernière maladie, et où celle-ci lui aurait fait un avantage dans le contrat de mariage. L'affection qui a déterminé le mariage donne à la libéralité une cause honnête; la donation se soutient par la même impulsion libre qui soutient le mariage (2).

Il n'en serait autrement qu'autant que les circonstances prouveraient clairement que le mariage a été le fruit de la contrainte et de la fraude, et qu'on s'est joué du plus sacré des contrats pour satisfaire une coupable avarice (3).

L'art. 1094 laisse aux époux la faculté de se donner et de recevoir, sans excepter les époux médecins. Suivant l'article 212, les époux se doivent mutuellement secours et assistance. C'est assez de textes pour établir que la prohibition générale de l'art. 909 ne regarde point les époux (4).

644. Pour que l'incapacité portée par notre article ait lieu, il faut que la libéralité ait été faite dans le cours de la dernière maladie et que le médecin, chirurgien ou pharmacien ait soigné le défunt dans cette dernière maladie. Si le

(1) Turin, 19 avril 1806. Cassat., 30 août 1808.

(2) Cassat., 30 août 1808 (Devill., 2, 1, 573).

(3) Cassat., 11 janvier 1820 (Devill., 6, 1, 164). 21 août 1822 (Devill., 7, 1, 129). Paris, 1re chambre, 11 novembre 1851, sous ma présidence : Caille contre Patté. La demoiselle Alexandrine Béranger avait épousé Patté, son médecin, pendant sa dernière maladie. Il résultait des faits que Mlle Béranger n'était pas heureuse dans sa famille; qu'elle désirait vivement se marier pour secouer le joug d'un beau-père, son ex-tuteur; qu'elle aimait Patté et était aimée de lui. D'ailleurs la fortune était peu considérable. — Un arrêt de Paris du 24 février 1817, trop absolu dans ses termes, est expliqué et avec raison critiqué par M. Devilleneuve, 5, 2, 241.

(4) Toullier, t. V, n° 66.

donateur ou le testateur relevait de sa maladie, et qu'il laissât subsister sa libéralité, il la confirmerait par cela seul, et toute idée de défaut de liberté s'évanouirait. Si le médecin gratifié ne soignait pas le défunt dans sa dernière maladie, il n'est pas moins évident qu'il serait affranchi de la disposition de l'art. 909.

645. La simple livraison de remèdes par un pharmacien ne saurait être assimilée à un traitement, dans le sens de l'art. 909. L'incapacité n'atteint que les pharmaciens qui sortent du cercle de leurs fonctions ordinaires pour visiter le malade, le diriger, le traiter (1). Tout cela dépend des circonstances.

646. Il y a des personnes d'une complexion délicate qui, sans être véritablement malades, ont toujours besoin de soins, de précautions, de certains conseils. Ce ne sont pas ces personnes auxquelles notre article s'applique nécessairement; car il ne faut pas confondre la souffrance, l'état valétudinaire avec la maladie. Une personne faible, tourmentée par les douleurs, assujettie à un régime pénible, peut très-bien prolonger sa vie et mourir de vieillesse. Qu'une personne de cet état meure à plus de quatre-vingts ans, après avoir fait une libéralité à son médecin, plusieurs années auparavant, dira-t-on qu'elle est morte de maladie et que la libéralité est nulle? Non, assurément (2). Elle a succombé sous le poids de l'âge, et non par une maladie mortelle pendant laquelle sa volonté a été surprise. Les conditions de l'art. 909 ne se rencontrent pas.

647. Lorsque la loi s'est montrée si précautionnée contre des professions avouées par elle et honorées dans le public,

(1) Cassat., rejet, 12 octobre 1812 (Dalloz, 5, 582. Devill., 4, 1, 199).

(2) Cassat., 12 janvier 1833 (Dalloz, 33, 1, 71). Voy. surtout l'arrêt d'Agen, contre lequel le pourvoi avait été dirigé.

on doit croire qu'à plus forte raison elle étend ses prohibitions contre les empiriques et autres individus, sans mission avouée, sans titre légal, qui exercent indûment l'art de guérir et peuvent surprendre l'esprit du malade (1). « Il se-
» rait superflu, disait le tribun Jaubert, de remarquer que
» la loi atteindra, par voie de conséquence nécessaire, tous
» ceux qui, dépourvus de titre légal, oseraient néanmoins
» s'ingérer dans l'art de guérir (2). »

Il est vrai qu'un arrêt de la cour de cassation (chambre des requêtes), du 24 juillet 1832 (3), semble décider le contraire. Mais je ne crois pas que cet arrêt soit suffisant pour faire jurisprudence. Le rejet du pourvoi était tellement commandé par l'état des faits déclarés constants au procès, il était si évident que la qualité de médecin praticien n'avait pas déterminé le legs, il apparaissait si clairement que la libéralité avait été déterminée par une longue et profonde affection, que la question de droit n'a dû avoir aucune importance aux yeux de la chambre des requêtes; je ne vois rien de décisif dans un considérant, œuvre du rapporteur seul (4), et dont la cour a pu n'avoir pas l'esprit frappé. On n'hésitera donc pas, en présence de la déclaration si formelle de M. Jaubert et des monuments si constants de l'ancienne jurisprudence, sur le véritable sens de l'art. 909.

648. Les gardes-malades ne sont l'objet d'aucune incapacité; car il n'y en a point de prononcée contre eux (5). Il en

(1) Paris, 9 mai 1828 (Devill., 6, 2, 258). Grenoble, 6 février 1830 (Devill., 9, 2, 391. Dalloz, 30, 2, 225). Pothier, *Donat.*, 1, 2, 8. Grenier, n° 128. Ferrières *sur Paris*, art. 276, n° 52. Arrêt du parlement de Toulouse du 21 juin 1594 (Cambolas, 2, 3).

(2) Fenet, 12, 583.

(3) Dalloz, 32, 1, 300, 301.

(4) M. de Menerville.

(5) Furgole, q. 34. Toullier, 1. 5, n° 67.

est de même des sages-femmes qui se renferment dans leur art (1) : il n'en serait autrement qu'autant qu'elles usurperaient les droits du médecin (loi du 19 ventôse an x, art. 30).

649. Venons maintenant à l'incapacité des ministres du culte. Ils sont assimilés aux médecins et ne peuvent recevoir du malade qu'ils ont assisté dans sa dernière maladie.

L'empire du ministre du culte est encore plus grand que celui du médecin, et les lois ont, de tout temps, voulu que le malade fût affranchi de son ascendant. On peut voir le Code Théodosien avec les explications de Godefroy (2). Notre article met donc un frein à la poursuite des avantages particuliers des ecclésiastiques. Nous verrons dans l'article suivant ce qui concerne les avantages faits à l'Église.

C'est surtout le confesseur qui peut agir sur l'esprit de son pénitent et faire tourner à son profit la ferveur religieuse de celui-ci; c'est lui surtout qui se trouve directement atteint par notre article. Presque toujours c'est du confesseur que parlent les auteurs anciens et modernes (3).

650. On a conclu de là, que l'art. 909, pour être appliqué dans son véritable esprit, devait être pris comme n'embrassant que le prêtre qui aurait dirigé la conscience du malade, au tribunal de la pénitence, dans sa dernière maladie. Mais cette opinion est trop absolue, bien que consacrée par un arrêt de la cour de Grenoble (4). Le prêtre peut assister le malade de bien des manières diverses, par des instructions, des exhortations, des conseils, des conférences, des préparations. Ne sont-ce pas là des occasions de donner à l'esprit du malade un certain pli et de l'envelopper de captations? Aussi est-il à remarquer que l'arrêt de la

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, 1, 548.
(2) XVI, 2, 20. Gibbon, t. V, p. 51.
(3) Furgole, V, 1, 11. Ricard, n° 515. Catellan, liv. 2, ch. 108.
(4) 16 avril 1806 (Devill., 2, 1, 389).

cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de Grenoble, ne donne pas à l'art. 909 le sens étroit que nous combattons. « Attendu que l'incapacité résultant de » l'art. 909 n'est point absolue et qu'elle ne s'applique qu'à » ceux des membres du culte, qui ont rempli les fonctions » de leur culte auprès du testateur; attendu que l'arrêt attaqué décide en fait que Louis-St-Georges *n'a rempli aucune » fonction de cette espèce auprès de Montlovier*; d'où il suit qu'il » était capable de recevoir dudit Montlovier toute espèce » de legs (1). »

651. C'est pourquoi le ministre protestant qui assiste le malade dans sa dernière maladie, est incapable, quoi qu'en dise M. Toullier (2). Qu'importe qu'il ne confesse pas? il donne des secours spirituels; il dirige la conscience; c'en est assez (3). Si l'art. 909 avait voulu se restreindre au prêtre catholique, il ne se serait pas servi des expressions *ministre du culte*.

652. Remarquons du reste qu'un acte isolé du ministère, comme l'administration de l'extrême-onction faite au dernier moment, sans autre communication spirituelle, ne se-

(1) 18 mai 1807 (Devill., 2, 1, 389). Aussi la doctrine de la cour de Grenoble est-elle généralement repoussée. V. MM. Duranton, t. VIII, no 259; Favard vo *Testament*, no 19. Grenier, t. I, no 129. Vazeille, art. 909, no 7. Saintespès Lescot, no 255; Massé et Vergé, *sur Zachariæ*, t. III, § 418, note 36; *Dict. du Notariat*, 4e édit., vo *Donation*, nos 230 et suiv. *Junge*. Alger, 30 avril 1856, arrêt rapporté avec l'arrêt de rejet du 19 août 1858 (Dalloz, 59, 1, 81. Devill., 59, 1, 396), Bordeaux, 7 décembre 1857 (Dalloz, 58, 2, 106).

(2) T. V, no 70.

(3) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 549. M. Armand Dalloz, vo *Dispositions entre-vifs*, no 219. — Jugé pareillement que l'art. 909 est applicable aux ministres du culte israélite. Alger, 30 avril 1856 (Dolloz, 59, 1, 81; Devill., 59, 1, 396); Bordeaux, 7 décembre 1857 (Dalloz, 58, 2, 106). V. aussi MM. Vazeille art. 907, no 7. Marcadé, *ibid.* no 1, Coin-Delisle, *ibid.* no 29. *Dict. du Notariat*, 4e édit. vo *Donation*, no 232.

rait pas suffisant pour faire prononcer l'incapacité (1). Où serait la captation ? Où serait l'occasion d'une surprise ? La loi doit s'entendre d'une manière raisonnable, et l'on doit repousser les exagérations et les interprétations abusives.

653. Comme les incapacités sont de droit étroit, on ne doit pas les étendre d'un cas à un autre. Ainsi la cour de Pau a décidé, par arrêt du 21 août 1825, que le prêtre qui a assisté le testateur, peut sans difficulté être nommé par lui exécuteur testamentaire, lorsqu'il n'apparaît pas que cette qualité lui a été donnée pour déguiser un legs prohibé (2). En effet, la loi n'exclut des fonctions d'exécuteur testamentaire, que ceux qui ne peuvent s'obliger. On sait d'ailleurs l'énorme différence entre recevoir une libéralité et être nommé exécuteur testamentaire. L'exécuteur testamentaire ne profite de rien; il n'est qu'un simple mandataire; tout est charge pour lui, au lieu d'être émolument, et il doit un compte fidèle de sa gestion.

654. Toutefois on déciderait autrement, si le mandat d'exécution testamentaire servait à déguiser une libéralité.

655. Dans tout ceci, on fera une distinction entre la libéralité qui est un avantage personnel pour le ministre du culte et celle qui est adressée à l'Église plutôt qu'à lui. Celle-ci n'est pas atteinte par notre article, bien que le ministre du culte puisse en profiter, pendant qu'il est attaché à l'établissement religieux avantagé (3).

656. L'interposition de personnes peut être pratiquée pour éluder l'art. 909. Nous renvoyons, à cette égard, à l'art. 911, qui est le siége de la matière.

657. On remarquera que les avocats ne sont pas atteints

(1) Toulouse, 20 novembre 1835 (Dalloz. 36, 2, 39).
(2) Dalloz, 25, 2, 5.
(3) Voy. les arrêts rapportés par Ferrières *sur Paris*, art. 276, n° 49.

par l'art. 909, La pureté de leur ministère, disait l'avocat général Talon, est détachée des mauvaises impressions qui ont mis les médecins et autres dans la prohibition (1).

Article 910.

Les dispositions entre-vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale.

SOMMAIRE.

658. Variations du droit romain sur la capacité des corps moraux et des établissements publics d'être institués héritiers ;

659. Ou de recevoir en qualité de légataires.

660. Les dispositions faites en faveur du peuple romain profitaient au trésor public.

661. Progrès de la capacité des personnes morales et des établissements publics sous les empereurs chrétiens. — Aujourd'hui tous les corps moraux sont capables d'acquérir entre-vifs ou à cause de mort.

662. Distinction à faire entre les corps moraux privés et les corps moraux publics.

663. Les établissements publics sont civils ou religieux.

664. A Rome, les établissements publics ne pouvaient recevoir qu'autant que leur existence était reconnue par le pouvoir central ; — Ou bien alors la disposition n'était valable qu'autant qu'il était certain qu'elle était faite, non pas au corps, mais aux individus *ut singuli*.

665. Ces principes ont été adoptés par le Code.

(1) Ferrières, *loc. cit.*, n° 57. Basnage *sur Normandie*, art. 439.

666. Mais il faut de plus, chez nous, que la libéralité soit autorisée spécialement. — Explication historique de cette condition.

667. Le droit d'amortissement était inconnu aux Romains.

668. Il ne reste plus aujourd'hui, de cet ancien droit féodal, qu'un droit de tutelle et de police exercé par l'État sur les établissements publics.

669. Il faut donc, sous le Code, deux autorisations : autorisation d'existence et autorisation d'acceptation.

670. Des lois du 2 janvier 1817 et 24 mai 1825 sur les congrégations religieuses. — Les congrégations ne peuvent posséder ni recevoir, si elles ne sont pas formellement instituées par la loi.

671. Les congrégations religieuses d'hommes n'étant point autorisées par la loi, les maisons de jésuites sont incapables d'acquérir à titre gratuit.

672. De la congrégation des Frères de la doctrine chrétienne. — Décret du 17 mars 1808 et ordonnance du 29 février 1816.

673. Cette congrégation a, par exception, le caractère d'établissement public; à ce titre, elle est capable de recevoir.

674. Arguments de l'opinion contraire.

675. Réfutation de ces arguments.

676. De l'autorisation d'accepter nécessaire aux établissements publics. — Dispositions législatives qui ont réglementé chez nous, à différentes époques, cette autorisation.

677. Cette nécessité de l'autorisattion entraîne souvent, à raison des retards qu'elle produit, de véritables dangers pour les établissements publics.

678. La loi du 18 juillet 1837 a remédié à ces inconvénients en ce qui concerne les communes. — Mais ils continuent de subsister à l'égard des hospices, établissements de bienfaisance et autres. — Arrêt de la cour de Paris qui a jugé ce dernier point.

679. Autre arrêt de la même cour qui fait application aux communes de la loi du 18 juillet 1837.

680. La constitution de 1848, en favorisant le droit d'association en matière politique et religieuse, a-t-elle permis à des particuliers de se dispenser de l'autorisation de l'État pour former des communautés ayant le caractère d'établissements publics?

681. Il y a d'ailleurs des sociétés, telles que les congrégations religieuses, qui, étant publiques par leur nature, ne peuvent se faire sociétés privées par leur volonté.

682. Il faut donc à ces sociétés un établissement légal.

683. C'est sur les établissements religieux que l'État doit étendre sa tutelle dans l'intérêt des familles.

684. Des moyens fréquemment employés pour frauder la loi au profit des établissements religieux.

685. La recherche de ces moyens, du reste, peut se faire en justice à l'aide de toutes les circonstances, de tous les indices de la cause, et même par la preuve testimoniale.

686. Des présomptions habituelles d'où résulte l'interposition de personnes.

687. La preuve d'un accord formel entre le disposant et les légataires apparents n'est pas une circonstance nécessaire.

688. Objections des congrégations religieuses non autorisées, qui prétendent que, n'étant point reconnues par la loi, elles doivent avoir la capacité de simples particuliers. — Arrêt de la cour de Grenoble favorable à leur système.

689. Réfutation de cet arrêt.

690. Décisions en sens contraire. — Arrêt de la cour de Paris dans l'affaire de Soyecourt.

691. Observation sur cet arrêt.

692. Des établissements religieux légalement institués. — Loi du 24 mai 1825. — Prohibition du legs universel.

693. Fixation au quart de la quotité disponible dans le cas où le disposant fait partie de l'établissement religieux auquel il donne.

694 Présomption d'interposition entre les sœurs appartenant au même établissement. — La dot payée en général par chaque novice ne doit pas être imputée sur la portion disponible.

695. De l'ancienne législation sur les dots apportées dans les communautés.

696. Des sœurs hospitalières et des sœurs de charité. — Décret du 15 février 1809.

697. La loi du 24 février 1825 a dérogé à ce décret en ce qui les concerne.

698. Du retour des biens donnés au donateur ou à ses ayants cause, dans le cas où un établissement religieux vient à s'éteindre.

699. De la répartition entre les établissements ecclésiastiques et les hospices, s'il s'agit de biens achetés.

COMMENTAIRE.

658. Nous avons dit ci-dessus (1) que les corps moraux et les établissements publics sont des personnes capables de recevoir des libéralités. Le droit romain n'avait pas toujours accepté cette règle (2). Ainsi, par exemple, les villes ne pouvaient être instituées héritières ou légataires. « *Nec hæredem* » *institui, nec præcipere posse rempublicam, constat,* » disait Pline le Jeune dans une lettre où il déclare ne vouloir pas user de cette rigueur du droit contre la ville de Côme, à qui Saturninus avait légué 400,000 sesterces, par un testament qui l'instituait héritier (3). Si l'on consulte la loi, ajoutait-il, le legs est nul; si l'on consulte la volonté du défunt, il est valable. Pour moi, je préfère la volonté du défunt à la loi. *Mihi autem defuncti voluntas (vereor quam in partem jurisconsulti, quod sum dicturus, accipiant) antiquior jure est.* Je veux donc que Côme, notre patrie, profite de la libéralité qui lui a été faite.

Au surplus, Ulpien confirme ce point de droit, dans le passage suivant : « *Nec municipia nec municipes hæredes ins-*

(1) N° 556.

(2) N° 556 *supra*. Sur les corps moraux, universités, colléges, etc., voy. les titres du Digeste, *Quod cujuscumque universit.*, et aussi *De collegiis et corporib.*

(3) V, 7. Cette ville de Côme est appelée République (*reipublicæ nostræ*). A cette époque, c'était le langage juridique. Le mot *respublica* désignait ordinairement une ville dépendante. L. 31, § 1, D., *De furtis*. M. de Savigny, *Traité du droit romain*, t. II, p. 247.

»titui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere »universi, neque pro hærede gerere possunt, ut hærede sfiant(1).»

Cependant le même auteur nous apprend que par un sénatus-consulte, il avait été permis aux affranchis de ces villes de les instituer héritières (2); elles purent aussi, en vertu de ce sénatus-consulte, recevoir des hérédités en vertu de fidéicommis (3).

En 469 le droit cessa de présenter ces disparates et l'empereur Léon accorda aux villes et communes le droit de recevoir toute espèce de succession testamentaire (4).

Voilà donc quelle fut la progression en ce qui concerne l'institution d'héritier : d'abord incapacité; puis capacité limitée aux institutions faites par les affranchis des villes et aux fidéicommis; enfin, capacité entière.

659. Pour ce qui est des legs, Nerva d'abord et Adrien ensuite, ce dernier d'une manière générale et par un sénatus-consulte, accordèrent aux villes le droit d'en recevoir (5). Le corps de droit renferme beaucoup d'exemples de libéralités (6), et si Pline, qui vivait après Nerva, parle encore de l'ancienne prohibition, c'est parce qu'il est probable que les mesures prises par cet empereur, et dont nous ne connaissons pas la portée, n'eurent pas un caractère général. Quoi qu'il en soit, on voit, à partir de cette époque, les colléges (7), les temples (8) et mêmes les vil-

(1) Fragm. 22, 5.

(2) *Loc. cit.* M. de Savigny, *loc. cit.*

(3) Ulpien, *loc. cit.* L. 26 et 27, D., *Ad S. C. Trebell.*

(4) L. 12, C., *De hæred. instit.*

(5) Ulpien, fragm. 25, § 28. Caïus, 2, *comm.* 195.

(6) L. 32, § 2, *De legat.*, 1°. L. 77, § 3, *De legat.*, 1°. L. 6, 21, § 3, 24, D., *De annuis legat.* L. 20, § 1, D., *De alim. legat.* L. 6, § 2, D., *De auro.* L. 2, D., *De reb. dubiis.*

(7) L. 20, D., *De reb. dubiis.*

(8) L. 20, § 1, D., *De annuis legat.*, et 38, § 2, D., *De auro.*

lages (1) investis du même droit que les villes, pour recevoir des legs.

660. Quant à l'État, ou, comme on disait alors, au peuple romain, fut-il soumis à la législation rigoureuse et subtile des personnes incertaines? Nous ne le pensons pas. Suétone raconte que l'empereur Auguste laissa au peuple une somme équivalant à 7,750,000 fr. (2). En réalité, c'était le trésor (*l'œrarium*) qui était véritablement institué (3). C'est ce qui explique la validité des testaments par lesquels nous voyons des rois instituer le peuple romain héritier; à moins qu'on ne dise que le peuple romain, étant la source de tous les droits, se trouvait placé au-dessus de toutes les incapacités (4).

Le même Suétone raconte encore qu'Auguste légua 18,750 fr. à chaque tribu. Mais à cette époque les tribus étaient-elles plus capables de recevoir que les villes? Il est probable qu'Auguste voulut dire que cette somme devait être partagée entre les citoyens de chaque tribu (5). Ce n'était pas le corps moral qui recevait, c'étaient les habitants *ut singuli*.

661. Sous les empereurs chrétiens, la capacité des personnes morales et des établissements publics fit de nouveaux progrès : les corporations religieuses se multiplièrent; la faveur les environna; le privilége, qu'avaient les dieux du paganisme d'être institués (6), ne pouvait manquer d'être étendu aux églises et aux corporations formées pour la religion chrétienne (7). Constantin voulut que les legs faits aux corps religieux fussent respectés et valides (8).

(1) L. 73, § 4, D., *De legat.*, 1°.
(2) *Oct. August.*, 101.
(3) M. de Savigny, t. II, p 306.
(4) Id., p. 358.
(5) M. de Savigny, *loc. cit.*
(6) Ulpien. fragm. 22, § 6. *Supra*, n° 559.
(7) L. fin., C., *De sacros. ecclesiis.*
(8) L. 1, C., *De sacros. ecclesiis.*

Tel est aujourd'hui le droit commun ; tout corps moral offre, sous l'assemblage des individualités qui le composent, une personne civile capable de recevoir. Les corps moraux possèdent, sont propriétaires, vendent, acquièrent, etc., etc. (1). Ils ont donc capacité pour acquérir entre-vifs ou à cause de mort. Voilà la règle.

662. Mais le droit public y apporte une exception capitale, dont il faut s'occuper.

Il y a des corps moraux civils, il y a des corps moraux publics (2) : les premiers sont formés par la volonté libre des particuliers qui se réunissent en association (3); les seconds n'ont d'existence que par le concours de l'autorité publique qui permet leur formation (4). Les corps moraux civils sont les sociétés privées soit civiles, soit commerciales; les corps moraux publics sont les colléges, les corporations, les académies, les communes, etc. (5). Or, de même que les corps moraux publics ne peuvent se former sans l'autorisation du gouvernement, de même il leur faut une autorisation pour acquérir à titre gratuit. Les acquisitions de ce genre intéressent l'économie politique; elles peuvent concentrer de trop grandes richesses dans la main de ces établissements; elles peuvent soustraire à la circulation des biens qui, possédés par des particuliers, alimenteraient l'activité économique; elles peuvent dépouiller les familles et donner une trop grande prépondérance à l'intérêt de corporation sur l'intérêt domestique. L'État est appelé à porter de ce côté sa vigilance. Le fondement du droit de l'État, en cette matière, c'est que les établissements publics, présentant un caractère

(1) Mon comm. *De la société*, t. I, nos 58 et suiv.
(2) Id., no 61.
(3) Id., no 69.
(4) Id., et Puffendorff, 1, 12 et 15.
(5) Mon comm. *De la société*, no 69.

d'utilité publique, et étant formés pour le public, sont placés sous l'œil du gouvernement, qui doit veiller non-seulement à leur conservation, mais encore à leur police.

Telle est la grande différence qui existe entre les corps moraux privés et les corps moraux publics. Les premiers se forment par la volonté libre des parties, et leur conservation et leur police sont réglées par le droit privé. Mais les seconds sont liés à la police publique par leur essence; ils ne peuvent s'en détacher.

663. Les établissements publics sont de deux sortes : civils ou religieux.

Les établissements publics civils sont : les villes, les communes, les hospices, les bureaux de charité, les académies, les bibliothèques publiques, les monts-de-piété, les caisses d'épargne, les théâtres, les musées, etc. Les établissements religieux sont : les églises et leurs fabriques, les séminaires, les couvents, les monastères et congrégations, etc.

664. Les Romains avaient à cet égard un principe constant : c'est qu'une libéralité faite à un établissement de ce genre n'était valable qu'autant qu'il existait régulièrement par l'autorisation du pouvoir central (1). Ce n'est qu'autant qu'il était certain que le legs était fait non pas au corps, mais aux individus *ut singuli*, que la libéralité se soutenait (2). Quoique le corps soit incapable, les individus peuvent ne l'être pas. Un legs peut donc s'adresser à eux : « *Nisi singulis legetur*, dit le jurisconsulte romain, *hi enim* » *non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad* » *legatum* (3).» Mais quand il était certain que c'était le corps

(1) L. 20, D., *De reb. dubiis*. L. 3, § 1, D., *De collegiis*. L. 1, D., *Quod cujusc. universit.* M. de Savigny a cherché les raisons de cette nécessité d'une autorisation, t. II, p. 275 et suiv.

(2) L. 20, D. *De reb. dubiis*. Furgole, VI, 1, 41.

(3) L. précitée.

qui avait été gratifié et non les individus, et que ce corps n'avait pas été autorisé, le legs était sans valeur. On voit un exemple de cette règle dans la loi 1, C., *De judæis*, qui déclare nuls les legs faits aux universités de juifs, par la raison que ces universités étaient illicites.

665. Ces principes sont les nôtres. Un établissement public, qui n'a d'existence que par l'autorisation publique, ne saurait recevoir une libéralité, si cette autorisation lui manque. Sans elle, il est une fraude faite à la loi; il ne vit que par un abus, et cet abus ne peut lui profiter. Mais ses membres n'étant pas frappés d'incapacité individuelle, peuvent être institués. Ils sont *ut singuli* dans le droit commun. Seulement, il faut que le disposant ait la volonté de les instituer véritablement, et non pas de les charger d'un fidéicommis tacite au profit de l'établissement public. On sent qu'en pareil cas, le legs ne serait pas meilleur que si l'établissement avait été institué directement.

666. A cette première condition, dont la première idée se trouve dans le droit romain, il faut en ajouter une autre qui est propre à notre droit français : c'est que la libéralité soit autorisée spécialement. Nous en avons dit tout à l'heure les motifs : il faut songer aux familles; il faut protéger le mouvement de la richesse contre la mainmorte; il faut empêcher la trop grande concentration des capitaux mobiliers ou immobiliers dans des corps qui ne doivent pas être trop puissants.

Les Romains n'avaient pas imposé cette condition; ils avaient entrevu plutôt qu'ils n'avaient vu de près, comme nous, les inconvénients des biens de mainmorte (1). Dans leur législation, la libéralité était acquise, elle pouvait être

(1) M. Lefèvre *sur les dons et legs faits aux établissements publics* (*Revue étrangère*, t. VII, 1850, p. 396).

acceptée librement, pourvu que l'établissement fût reconnu (1). Mais l'expérience acquise pendant les siècles qui précédèrent l'organisation régulière et complète du pouvoir central, avait appris à la France les dangers de trop grandes fortunes accumulées dans les mains des établissements publics. Ce furent surtout les fondations religieuses et les libéralités faites aux couvents qui les mirent en évidence par leur trop grande extension. Dans l'origine on avait favorisé et excité les libéralités de ce genre (2); plus tard on fut obligé de les modérer. Dès le XIIe siècle, le pouvoir royal portait sa sollicitude de ce côté. D'une part, les changements, survenus dans l'état des communes, permirent aux rois de s'immiscer dans l'administration de leurs biens (3); de l'autre, le patronage que la couronne exerçait sur les établissements religieux, lui donnait accès dans le temporel. Comme, d'après le droit féodal, le roi était réputé avoir la direction universelle du royaume, la couronne argumenta de ce droit pour établir le droit d'amortissement, droit domanial, inaliénable et imprescriptible, d'après lequel le roi seul pouvait permettre aux gens de mainmorte de posséder perpétuellement des héritages (4); droit fiscal aussi, qui, en échange de cette permission, obligeait les mainmortables à payer au roi une somme d'argent, afin de l'indem-

(1) L. 20, C. Theod., *De episcopis*, avec le comm. de J. Godefroy. Voy. aussi saint Jérôme, qui se plaint de la cupidité des ecclésiastiques de son temps (2, *epist.* 12). Gibbon, t. V, p. 51, a insisté là-dessus et rappelé les monuments.

(2) L. des Bavarois, c. 1. L. des Allemands, c. 1.

(3) M. Leber, *Hist. crit., du pouvoir municipal*, p. 373 et suiv. Préface des *Ordonnances*, t. XI, p. 46.

(4) Bacquet, *Droit d'amortissement*, ch. 39, no 3. Il fait remonter l'idée de l'amortissement au *jus sacrum* des Romains et à ce qu'enseigne Cicéron, *Pro domo sua*, qu'au peuple seul appartenait de tirer les choses sacrées du commerce.

niser de la perte des droits de mutation qui auraient été perçus par lui s'ils eussent été tenus par des particuliers sujets à changements, au lieu d'être possédés par des personnes qui ne meurent pas et n'aliènent pas. Les *olim* prouvent l'antiquité de ce droit (1), dont on trouve aussi des traces dans Bouteillier (2).

667. Les écrivains féodaux (3) ont cherché dans le droit romain l'origine de l'amortissement; ils ont cité à l'appui la loi 9, § 1, D., *De divis. rer.*, qui porte : *Sciendum est locum publicum tunc sacrum fieri posse, cum princeps eum dedicavit vel dedicandi dedit potestatem*, à laquelle il faut joindre la loi dernière, *D. Ut in posses. legat.*, qui dit que ce n'est qu'avec la permission du prince qu'on peut consacrer une chose publiquement : *Quid publice consecraverit, permissu imperatoris.* Mais Peckius a repoussé cette opinion (4), et il se fonde sur la loi 1, C., *De sacrosanctis ecclesiis.* Cette loi, qui est émanée de l'empereur Constantin, porte en effet : « *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo Catholico venerabilique concilio decedens, bonorum, quod optaverit, relinquere, et non sint cassa judicia ejus.* » L'intervention du prince, dont il est question dans les lois romaines pour consacrer à la religion ou au public des biens privés, n'a rien de commun avec ce droit dont nous nous occupons ici. Les biens des communes, des églises, des corps moraux publics, ne sont pas des biens publics et sacrés; ils sont possédés *jure proprio*, par ces établissements, qui en sont propriétaires d'après le droit civil. La vérité est donc que l'amortissement est un droit inconnu des Romains, et sorti des entrailles de la féodalité. Il servit fréquemment aux rois à se procurer de

(1) Bacquet, *loc. cit.*, ch. 41, no 2, art. 1277.
(2) *Somme rurale*, 47. M. Leber, p. 382.
(3) Bacquet, 41, 3.
(4) *De amortizatione bonorum*, c. 5, n° 2.

l'argent dans leur détresse; et comme les établissements publics cherchaient à y faire fraude, on voit le domaine royal revenir de temps en temps sur le passé, reprocher aux corporations de posséder des biens non amortis par le roi, et les soumettre, pour cette cause, à des taxes et compositions (1).

668. Aujourd'hui le droit d'amortissement n'existe plus dans sa forme primitive ; il n'en reste qu'un droit de tutelle et de police, exercé par le pouvoir central sur les établissements publics. L'enveloppe féodale a disparu ; elle a fait place à un principe d'ordre social qui pourvoit aux intérêts de la propriété, de la famille et de l'économie politique.

669. Il est donc constant que les communes, les hospices, les fabriques, les établissements publics laïques ou religieux, ne peuvent accepter des legs et des donations qu'avec l'autorisation du gouvernement.

Ainsi deux choses pour les établissements publics : 1° que leur établissement soit autorisé (2) ; 2° que, de plus, ils reçoivent l'autorisation spéciale d'accepter la libéralité qui leur est faite (3).

670. Quant au premier point, nous ferons remarquer ici, que si, parmi les corps religieux, il en est qui sont de nature à être vus avec faveur et à être autorisés, comme par exemple les congrégations de femmes voués à des œuvres charitables (4), il en est d'autres dont l'établissement n'est pas

(1) Bacquet, 43, 1.

(2) Art. 910. Loi du 2 janvier 1817. Loi du 24 mai 1825.

(3) Jusqu'à cette autorisation, le legs fait à une commune lui confère un simple droit soumis à une condition suspensive et non un droit soumis à une condition résolutoire. Bordeaux, 9 mars 1859 (Dalloz, 59, 2, 221. Devill., 59, 2, 609, *J. Pal.*, 1860, p. 403). V. *infra*, no 1815.

(4) L. du 24 mai 1825. *Supra*, no 530.

susceptible d'être autorisé, à cause de certains inconvénients dont l'ordre public et politique est préoccupé. Ce sont les associations religieuses d'hommes, abolies par la loi du 18 août 1792. Plusieurs sont tolérées; d'autres ont été rétablies en vertu de décrets ou d'ordonnances. On peut citer les Lazaristes, dont l'existence est reconnue par ordonnance du 3 février 1816. Il en est de même de la société de Picpus et de la congrégation des Missions étrangères, qui, sous l'empire de l'art. 291 du Code pénal, ont été pourvues d'autorisation (1). Mais ces autorisations ne leur donnent pas la qualité d'établissements publics, de personnes juridiques pouvant s'enrichir par des libéralités et des successions testamentaires. Pour qu'une congrégation religieuse puisse acquérir et posséder, il faut qu'elle soit instituée par la loi d'après les termes précis de la loi du 2 janvier 1817, confirmée par la loi du 24 mai 1825 (2). C'est la loi qui fait son établissement, qui l'élève au rang de personne publique, qui lui donne la capacité civile. Sans cela, elle n'est qu'une simple association, manquant de caractère. Or, il n'existe pas de loi en France qui autorise des congrégations d'hommes; la loi du 24 mai 1825 n'admet que les congrégations de femmes au bénéfice d'un établissement légal. Par son silence sur les congrégations d'hommes, elle les exclut, et c'est le cas de dire : *Qui dicit de uno de altero negat* (3).

671. Si telle est la condition des congrégations d'hommes dont nous venons de parler, combien, à plus forte raison, doit-on regarder comme incapables d'acquérir à titre gratuit, les maisons de jésuites, qui n'ont jamais reçu du gou-

(1) *Supra*, n° 529.
(2) *Supra*, n°s 529 et 530.
(3) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 557.

vernement d'autorisation provisoire (1). On se rappelle même l'ordre du jour de la chambre des députés du 3 mai 1845, portant : « La chambre, se reposant sur le gouvernement du » soin de faire exécuter les lois de l'État, passe à l'ordre du » jour (2). » Disons cependant que, depuis la constitution de 1848 et depuis qu'on a vu un habit de Dominicain à la Constituante, il serait difficile que les lois de l'État frappent la simple existence de fait des sociétés religieuses, même celle des jésuites.

672. Mais nos lois ont fait une position privilégiée à la congrégation des frères de la doctrine chrétienne, qui, par son but pieux, par ses services actifs, par la modestie de son existence, a mérité une exception. Cette institution des frères de la doctrine chrétienne date du XVIIIe siècle ; elle est due au vénérable abbé de la Salle qui la voua à l'instruction primaire; et quoi qu'on ait fait depuis, elle est encore la plus utile qui existe en France, pour procurer aux classes pauvres les bienfaits de la première éducation. Le décret du 17 mars 1808 (art. 109) a admis dans l'université le salutaire concours des frères de la doctrine chrétienne, et l'ordonnance du 19 février 1816 (art. 36 et 40) a autorisé les communes à les appeler (3).

673. Les frères de la doctrine chrétienne se distinguent donc de tous les autres établissements religieux, parce qu'ils sont un établissement de charité publique attaché à l'université. Le décret du 17 mars 1808 a tout autant force de loi en ce qui les concerne, qu'en ce qui a rapport à l'établissement et à l'organisation de l'université même, dont ils sont une annexe.

(1) Cassat., 8 août 1826 (Dalloz, 26, 1, 56). Cassat., 27 avril 1830 (Dalloz, 30, 1, 224).

(2) M. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, t. I, p. 321.

(3) M. Laferrière, *loc. cit.* p. 318 et 320.

Il n'est donc pas douteux que les frères de la doctrine chrétienne, dont les communautés se sont formées sous l'autorité du décret du 17 mars 1808 et de l'ordonnance de 1816, ne soient capables de legs et donations. Leur établissement a le caractère d'établissement public; le décret et l'ordonnance le lui impriment, et le décret du 17 mars 1808 veut même que cet établissement soit encouragé. C'est faire un bon usage de son bien que d'en gratifier une institution si profitable aux intérêts des pauvres, et qui porte un si éclatant caractère de philanthropie et de charité chrétienne. Ils sont donc dans les termes de l'art. 910 du Code Napoléon, et de nombreux précédents ont autorisé les libéralités qui leur ont été faites (1).

(1) Je dois dire un mot ici d'une congrégation analogue dont la situation et les droits, au point de vue où je suis ici placé, ont été mis en question dans un procès récent : je veux parler de *la Congrégation des Frères de Saint-Joseph du Mans*. Une ordonnance du 25 juin 1823 a autorisé cette communauté comme association charitable, vouée à l'instruction primaire dans le but de fournir des maîtres aux écoles primaires de plusieurs départements. Mais en admettant la collaboration de ces frères à l'œuvre de l'instruction primaire, l'ordonnance plaçait sous la direction et la surveillance de l'université cette congrégation dont les membres devenaient ainsi les auxiliaires, et c'est aussi à l'université que, par une disposition spéciale, elle conférait le droit de recevoir les libéralités dont la congrégation pouvait être l'objet. « Notre université, disait en effet l'art. 3 de l'ordonnance, pourra, en se conformant aux lois et règlements de l'administration publique, recevoir les legs et donations qui seraient faits en faveur de ladite association et de ses écoles, à la charge de faire jouir respectivement, soit l'association en général, soit chacune des écoles tenues par elle, desdits legs et donations, conformément aux intentions des donateurs et testateurs. » Ainsi la congrégation dont il s'agit n'est pas capable par elle-même de legs et de donations ; elle reste à cet égard, frappée d'une incapacité dont au surplus elle n'aurait pu être relevée que par une loi : et c'est ce qui a été reconnu par un arrêt de rejet de la chambre civile de la cour de cassation, duquel il résulte que, l'association de *Saint-Joseph* étant incapable de recevoir directement aucune libéralité, il y a lieu de considérer comme faites en fraude de la loi, les dispositions testamentaires qui ont pour objet de transmettre les biens légués à cette association par l'intermédiaire d'une personne interposée. Rej. 3 juin 1861 (Devill., 61, 1, 615).

674. On a cependant essayé de faire une distinction entre les communautés de frères formées avant la loi du 2 janvier 1817, et celles qui se sont formées depuis. Pour les premières, on n'a pas contesté l'opinion que nous venons d'émettre. Mais en ce qui concerne les secondes, quelques auteurs ont pensé que la loi du 2 janvier 1817, confirmée par la loi du 24 mai 1825, ne permettait pas de les considérer comme formant un établissement public, par la raison qu'elles n'étaient autorisées que par des ordonnances et non par des lois (1).

« Les frères, a-t-on dit, constituent véritablement des » communautés religieuses ; car ils réunissent les trois ca- » ractères qui constituent les congrégations et qui sont : l'é- » mission des vœux, l'admission des novices, et les statuts » religieux... Depuis la loi de 1825, qui veut qu'aucune » congrégation enseignante de femmes ne soit établie que » par une loi, et après que ses statuts ont été approuvés ou » enregistrés par le conseil d'État, n'y a-t-il pas anomalie à » prétendre que des congrégations d'hommes, formées dans » les mêmes conditions et dans le même but, puissent être » établies en vertu d'une simple ordonnance, ou même d'une » simple décision ministérielle, et sans que les mêmes ga- » ranties aient été prises à l'égard de leurs statuts (2) ? »

675. Malgré ces raisons, le conseil d'État a toujours décidé la question dans le sens de la capacité des frères, et nous pensons que cette jurisprudence est la meilleure. Les congrégations enseignantes de femmes, dont on argumente, ne puisent pas leur titre dans un acte de la puissance législative, pareil au décret du 17 mars 1808. La loi du 24 mai 1825 a donc dû prendre ses précautions contre des créations

(1) M. Saintespès-Lescot, *Donat.*, t. I, p. 418, sur l'art. 910.

(2) M. de Vuillefroy, *Traité de l'administration du culte catholique*, p. 168, no 7, note *A*.

inconnues de la puissance publique. Au contraire, les associations de la doctrine chrétienne ont, dans le décret précité, une raison légitime d'exister, qui les dispense d'une nouvelle intervention du législateur. L'État sait à quoi s'en tenir sur leur compte; il les connaît; il les distingue; il les encourage. Il suffit donc que celles qui viennent s'ajouter aux anciennes pour étendre les bienfaits de l'instruction, soient autorisées par le gouvernement, conformément à l'ordonnance de 1816. L'argument tiré de la loi du 24 mai 1825 n'est donc pas concluant.

Quant à celui qui se puiserait dans la loi du 2 janvier 1817, il se réfute par cette considération : les communautés de frères ne sont pas seulement des établissements religieux; ce sont aussi et surtout des établissements de charité publique attachés à l'université même, et acceptés par elle comme des auxiliaires excellents. Cette alliance les sauve de l'application judaïque de la loi du 2 janvier 1817. Ce n'est pas une institution monastique qui se fonde ; c'est une des branches de l'enseignement qui se développe. Les établissements d'instruction publique qui viennent se greffer sur le grand tronc de l'université, n'ont jamais eu besoin d'une loi pour exister légalement.

676. Après avoir traité de l'existence légale des établissements publics, parlons de la seconde condition, à savoir, de l'autorisation d'accepter qui leur est nacessaire d'après notre article (1).

(1) *Infra*, art. 937. — Je dois faire remarquer ici par forme d'observation générale, que l'autorisation est sans influence sur le caractère du legs fait à l'établissement public. Jugé en ce sens que le décret qui n'autorise que jusqu'à concurrence d'une quotité déterminée, l'acceptation d'un legs universel fait à un établissement public, n'a pas pour effet de transformer ce legs en legs à titre universel, et en conséquence, que s'il n'y a pas d'héritier réservataire, l'établissement est saisi de plein droit des biens légués sans être tenu d'en demander la délivrance, et les fruits de ces biens lui sont acquis dès le jour

Divers règlements d'administration ont tracé la marche à suivre pour obtenir cette autorisation. Dans le premier état, les hospices pouvaient, sur la simple autorisation du sous-préfet, accepter toute donation mobilière dont le capital n'excédait pas 300 fr. (1). Au-dessus de cette sommè jusqu'à 1,000 fr., l'autorisation pouvait être donnée par le ministre de l'intérieur (2); au-dessus de 1,000 fr., il fallait l'autorisation du gouvernement, c'est-à-dire une ordonnance ou un décret (3).

La distinction entre les dons et legs de 300 fr. et ceux qui excèdent cette somme fut étendue, par le décret du 12 août 1807, aux fabriques, aux établissements d'instruction publique et aux communes. Une ordonnance du 2 août 1817 règle les acceptations des églises, archevêchés et évêchés, des chapitres, des grands et petits séminaires, des cures et des succursales, des fabriques, des pauvres, des hospices, des colléges, des communes, et en général de tous les établissements d'utilité publique et de toutes les associations religieuses reconnues par la loi (4). C'est le gouvernement qui autorise l'acceptation des legs et donations de meubles et immeubles, à moins qu'il ne s'agisse de dons ou legs en argent ou objets mobiliers n'excédant pas 300 fr., auquel cas le droit d'autorisation est donné au préfet.

Enfin, une ordonnance du 14 janvier 1831 trace des règles spéciales de procédure et d'examen pour les dons et legs

du décès du testateur. Amiens, 8 mars 1860 (*J. Pal.* 1860, p. 1091. Devil., 60, 2, 161. Dalloz, 60, 2, 209).—V. en ce sens M. Paul Pont, *Rev. critiq.*, t. IV, p. 1 et suiv. V. *infra* n° 1881.

(1) Arrêté du 4 pluviôse, an XII.

(2) Ord. du 10 juin 1814.

(3) Id.

(4) V. la loi du 2 janvier 1817, qui accorde le droit de posséder aux établissements ecclésiastiques reconnus. *Junge* art. 4 de la loi du 24 mai 1825.

faits aux établissements ecclésiastiques ou aux communautés religieuses de femmes (1).

Mais à l'égard des communes, la loi du 18 juillet 1837 a introduit des dispositions particulières. L'art. 48 porte : « Les délibérations ayant pour objet l'acceptation des dons » et legs d'objets mobiliers ou de sommes d'argent faits à » la commune et aux établissements communaux sont exé- » cutoires en vertu d'un arrêté du préfet, lorsque leur va- » leur n'excède pas 3,000 fr., et en vertu d'une ordonnance » du roi, lorsque leur valeur est supérieure ou qu'il y a ré- » clamation des prétendants droit à la succession. »

« Les délibérations qui porteraient refus de dons et legs, » et toutes celles qui concerneraient des dons et legs d'objets » immobiliers, ne sont exécutoires qu'en vertu d'une ordon- » nance du roi (2). »

677. Cette intervention de l'autorité supérieure offre à l'ordre public et aux familles des garanties précieuses. Il y a cependant quelques points où ces garanties peuvent tourner, sans raison plausible, contre les établissements publics qu'elles ont pour but de surveiller, mais non de priver de leur droit légitime.

Expliquons-nous.

Toute donation doit être acceptée, ainsi que nous le verrons plus bas (3), et il faut qu'elle soit acceptée du vivant du donateur. Mais pendant les délais nécessaires pour obte-

(1) La loi du 24 mai 1825 admet les communautés de femmes reconnues.

(2) Le décret du 25 mars 1852, sur la décentralisation administrative, modifie ces dispositions, en décidant que le préfet statuera, sans recours à l'autorité supérieure, sur l'acceptation ou refus des dons faits au département sans charge ni affectation immobilière et des legs qui présentent le même caractère, ou qui ne donnent pas lieu à réclamation (art. 1, tabl. A, 7°), et sur les dons et legs de toute sorte de biens faits aux communes, lorsqu'il n'y a pas réclamation des familles (tabl. A, 42°).

(3) Art. 932.

nir l'autorisation d'accepter (1), le donateur peut décéder, et alors la donation devient caduque. C'est une perte éprouvée par les établissements publics, par un fait qui n'est pas le leur, et ce qui est plus grave, par le fait de leur état de tutelle. Or, en principe, la tutelle doit protéger ; elle ne doit pas nuire.

Il y a un autre danger.

En règle générale, les fruits et intérêts de la chose léguée ne courent qu'à compter du jour de la demande en délivrance. Mais comment un établissement public, qui n'a pas encore reçu l'autorisation du gouvernement pour accepter le legs qui lui est fait, pourrait-il intenter une demande en délivrance ? Il faudra donc qu'il perde les fruits et les intérêts pendant tout le temps que la procédure en autorisation sera pendante devant l'autorité administrative (2). Voilà encore une perte dont les établissements publics sont victimes, sans aucun motif raisonnable.

678. La loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, a aperçu ces inconvénients, et voici comment elle y remédie. Le paragraphe final de l'art. 48 précité est ainsi conçu :

« Le maire peut toujours, à titre conservatoire, accepter » les dons et legs, en vertu de la délibération du conseil mu- » nicipal. L'ordonnance du roi, ou l'arrêté du préfet, qui » intervient ensuite, a effet du jour de cette acceptation. »

De là deux conséquences :

La première, c'est que l'acceptation provisoire du maire empêche la caducité ; la seconde, c'est qu'elle donne au

(1) Art. 937.

(2) C. cass., 13 novembre 1849 et 24 mars 1852. (Devill., 50, 1, 189, 52, 1, 397), Paris 27 janvier 1851. (Devill., 51, 2, 72). V. encore MM. Championnière et Rigaud, *Dr. d'enreg.*, t. III, n° 2559, Massé et Vergé *sur Zachariæ*, t. III, § 418, note 15.

maire le droit de faire une demande en délivrance pour donner cours aux fruits et intérêts.

Cette disposition de la loi du 18 juillet 1837 est excellente ; il serait à désirer qu'elle fût introduite dans la législation des hospices, des établissements de bienfaisance et autres. En attendant, ces établissements, placés sous l'influence d'une règle qui n'a pas été assez prévoyante, voient leurs mains liées, et ils perdent des intérêts et des fruits qui tourneraient au profit des œuvres dont ils sont chargés. C'est ce qu'a jugé la première chambre de la cour de Paris, sous ma présidence, par arrêt du 27 janvier 1851.

Le marquis d'Aligre, si célèbre par ses nombreux testaments, avait fait un legs considérable à l'hospice de Bourbon-Lancy. L'hospice, autorisé *ad hoc* par une simple lettre du préfet de Saône-et-Loire, du 27 août 1847, avait, après une délibération de sa commission administrative du 1er septembre 1847, à laquelle le conseil municipal avait adhéré ; l'hospice, dis-je, avait intenté une demande en délivrance contre les héritiers d'Aligre, à la date du 7 septembre 1847, et de cette demande il faisait découler une mise en demeure de nature à faire courir à son profit les fruits et les intérêts. L'hospice argumentait de l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837. Mais il est à remarquer qu'à cette époque, l'hospice n'avait pas reçu une autorisation régulière d'accepter, et que c'est seulement le 19 avril 1850 qu'avait eu lieu sa demande autorisée. Les héritiers d'Aligre, se fondant sur ce fait, soutinrent que les intérêts étaient dus seulement à partir du 19 avril 1850, et non à partir de la demande du 7 septembre 1847, laquelle n'émanait pas d'une personne capable et dûment autorisée.

Le tribunal de première instance de la Seine, saisi de la contestation, n'adopta pas ce système, et, argumentant des

art. 48 et 55 de la loi du 18 juillet 1837, il décida que les intérêts avaient couru depuis le 7 septembre 1847.

Mais sur l'appel, la cour infirma la sentence par l'arrêt que voici (1) :

« La cour,

» En ce qui touche le point de départ des fruits et intérêts :

» Considérant que le légataire particulier n'a droit aux fruits et aux intérêts de la chose léguée qu'à compter de la demande en délivrance, à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 1015 du Code civil ;

» Considérant qu'aux termes de l'art. 910 de ce Code, les dons et legs au profit des hospices n'ont d'effet qu'autant que l'acceptation en a été autorisée par le gouvernement ;

» Que, jusqu'à l'autorisation, le droit est suspendu et incertain dans la réalisation définitive de son existence ;

» Que c'est donc l'autorisation d'accepter qui imprime au legs un caractère définitif et qui, par suite, confère à l'hospice la capacité nécessaire de le recevoir, et à l'héritier la possibilité de se libérer valablement ;

» Considérant que, d'après l'art. 1180 dudit Code, le créancier dont le droit dépend de l'événement d'une condition suspensive est admis à exercer tous les actes conservatoires de ce droit ;

» Que cette faculté est spécialement accordée aux hospices, soit par l'art. 4 de l'arrêté du gouvernement du 4 pluviôse an IV, soit par l'art. 5 de l'ordonnance du 2 avril 1817 ;

» Que la même faculté est attribuée aux communes par l'art. 55 de la loi du 18 juillet 1837 ;

» Considérant que, par acte conservatoire, la loi com-

(1) Palais, 1851, 1, 540 ; Devill., 51, 2, 72 ; Dall., 51, 2, 58.

prend l'acte qui a principalement pour objet, soit de maintenir l'existence d'un droit menacé de périr par le fait d'une déchéance ou d'une prescription, soit de prévenir la perte ou l'altération même du gage pouvant assurer l'utile exécution du droit;

» Mais qu'on ne saurait, à moins d'exception légale, réputer acte purement conservatoire l'action en justice dirigée uniquement en vue d'obtenir des fruits ou de faire courir des intérêts;

» Qu'une action de cette nature ne tend pas seulement à conserver le droit, mais bien à l'exercer, à en réclamer le bénéfice immédiat;

» Qu'elle a, en effet, pour conséquence de changer et aggraver la condition du débiteur, en lui imposant une restitution de fruits ou un payement d'intérêts, alors pourtant qu'il est placé en présence d'un créancier incapable de recevoir, son droit n'étant pas définitif;

» Que de ces principes généraux, il suit que si les parties de Billault pouvaient, avant l'autorisation d'accepter le legs, faire, dans l'intérêt de l'hôpital de Bourbon-Lancy, des actes conservatoires, elles étaient incapables de former une demande en délivrance, parce que cette action implique dans la personne qui l'intente la qualité définitive de légataire, et conséquemment la capacité de recevoir;

» Que vainement on invoque l'article 48 de la loi du 18 juillet 1837.

» Que cette loi, spéciale et particulière aux communes, est sans application à la cause, et que, dérogeant aux règles du droit commun, l'exception qu'elle consacre doit être renfermée dans les limites qui lui sont tracées, sans qu'il soit permis de l'étendre d'un cas à un autre;

» Considérant que la demande en délivrance régulièrement introduite est du 19 avril 1850, que c'est donc à partir

de cette époque que l'hospice de Bourbon-Lancy a droit aux fruits et aux intérêts ;

» Que c'est à tort que les parties de Billault prétendent faire remonter leur droit à l'ouverture de la succession.

» Que rien, dans les termes des testaments et codicilles, ne justifie cette prétention, etc. ;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant, en ce que le jugement fait courir les fruits et intérêts des immeubles et des sommes légués à partir du 7 septembre 1847 ;

» Emendant quant à ce, ordonne que les intérêts ne courront que du jour de la demande en délivrance, du 19 avril 1850. »

Cet arrêt est rendu dans les termes du droit ; il paraîtra victorieux à tous ceux qui examineront la question sans préjugé. Cette situation est sans doute fâcheuse. Mais c'est au législateur qu'il appartient de la changer, et nous savons que les personnes qui s'intéressent aux administrations charitables songent à la corriger (1).

679. Mais en ce qui concerne les communes, la loi du 18 juillet 1837 est formelle, et son application ne saurait faire difficulté.

(1) Depuis que j'ai écrit ces lignes, et sans aucun doute sous l'influence de l'arrêt rendu par la cour de Paris, le législateur est intervenu, et corrigeant la situation fâcheuse que je signale ici, il a introduit dans la législation des hospices la disposition de l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837, relative aux communes. C'est ce qui résulte de la loi du 7-13 août 1851, dont l'art. 11 dispose : « Le président de la commission des hospices et hôpitaux peut toujours, à titre conservatoire, accepter, en vertu de la délibération de la commission, les dons et legs faits aux établissements. — Le décret du pouvoir exécutif ou l'arrêté du préfet qui interviendra aura effet du jour de cette acceptation. » — Sur la mesure dans laquelle cet article doit être appliqué, et notamment sur le point de savoir si l'acceptation provisoire est nécessaire pour faire courir en faveur d'un hospice les intérêts d'un legs *universel* qui lui serait fait, V. M. Paul Pont, *Revue critique*, t. IV, p. 1 et suiv.

On en a fait cependant une question devant la cour de Paris, précisément à l'occasion de la succession d'Aligre. Mais par arrêt du 19 mai 1841, la cour a maintenu à l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837 son autorité. Cet arrêt est ainsi conçu :

» La cour,

» Considérant que, d'après l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1837, le maire d'une commune peut toujours accepter à titre conservatoire, en vertu d'une délibération du conseil municipal, les dons et legs faits à cette commune ; que l'autorisation supérieure, qui intervient ensuite, opère un effet rétroactif au jour de cette acceptation provisoire.

» Considérant qu'il résulte de cette disposition que le maire peut se livrer à tous les actes qui sont la conséquence de son acceptation provisoire, et notamment faire courir, en attendant, les intérêts des legs et dons faits à la commune ; que sa demande, en pareil cas, est régulière ; qu'elle émane d'une personne expressément capable ; qu'elle remplit dès lors les conditions de l'art. 1014 du Code civil ;

» Que la commune, étant reconnue par la loi propriétaire provisoire, doit jouir, au même titre, de tous les priviléges attachés à la propriété ; qu'à la vérité, le refus d'autorisation du gouvernement fait évanouir les effets de la demande en délivrance ; mais que, si cette autorisation est donnée, elle réagit sur le passé et consolide tout ce qui a été fait ;

» Que le but de l'article 48 précité a été précisément de ne pas faire perdre aux communes les intérêts et fruits qui courent pendant le temps où elles sont en instance pour se faire habiliter ; qu'il n'a pas voulu faire tourner contre les communes les procédures, délais et garanties établis soit dans leur intérêt, soit dans un intérêt public, à cause de leur incapacité ; qu'il a été dans l'intention formelle du

législateur de mettre les communes dans le droit commun, dont elles étaient jusqu'alors privées en cette partie ;

» Met l'appellation au néant, avec amende et dépens (1). »

680. Nous avons vu ci-dessus que les établissements publics non autorisés n'ont pas de capacité. Mais depuis que la constitution de 1848 a favorisé le droit d'association en matière politique et religieuse, est-il permis à des particuliers de se dispenser du concours de l'État pour vivre à leur guise en état de communauté de fait, ayant tous les caractères d'un établissement public, moins l'autorisation ? Sous prétexte qu'ils n'ont pas la prétention de former une personne juridique et publique, peuvent-ils, en dehors de l'État, avoir tous les droits de propriété, d'acquisition, qu'ont les établissements publics autorisés ?

Cette question se pose surtout à l'égard des communautés religieuses, dont on connaît le peu de sympathie pour la tutelle de l'Etat, et qui cherchent par beaucoup de moyens détournés à échapper à sa surveillance. Même avant la constitution de 1848, plusieurs congrégations de moins de vingt personnes, échappant, dans leur existence de fait, aux recherches de la loi, ont cru par cela même qu'elles pouvaient se passer d'une autorisation pour jouir de tous les avantages d'un établissement religieux autorisé.

Mais les communautés religieuses ont beau faire ; elles ne peuvent se soustraire à la vérité. Elles ne voient pas qu'il y a communauté et communauté, et que les congrégations religieuses reposent sur des bases exceptionnelles qui appellent le contrôle de l'État.

La constitution de 1848 n'a rien changé à cet état de

(1) *Gaz. des trib.* du 25 mai 1851 ; Palais, 1851, 2, 384 ; Devill., 51, 2, 368. Le texte de cet arrêt n'est pas rapporté d'une manière complète dans le recueil de Devill., et dans le *Journal du Palais*.

choses. D'ailleurs cette constitution n'a eu qu'une existence éphémère ; elle ne subsiste plus.

Il est permis à tout le monde de s'associer : mais entre s'associer et fonder un établissement indéfini et perpétuel, il y a une énorme distance. On s'associe pour le commerce, et pour mille choses passagères, viagères. Pour cela, on n'a besoin de l'autorisation de personne. Une société de commerce achète, vend, reçoit une libéralité. Elle est libre ; elle est dans le droit commun.

681. Mais une société, publique par sa nature, ne se fait pas société privée par sa volonté. Qu'est-ce qu'une congrégation religieuse ? C'est beaucoup plus qu'une association. Une congrégation religieuse n'est pas formée à temps; elle est formée pour la perpétuité. Elle n'est pas faite pour concilier l'intérêt individuel avec l'intérêt commun : elle est constituée pour le sacrifice et l'abnégation de la personne. Elle ne comporte pas la part légitime de l'indépendance de l'homme; elle est, au contraire, exclusive de la liberté. Elle ne laisse pas voir, sous le corps moral, le citoyen qui a son existence propre ; elle l'efface entièrement, elle lui commande de ne rien être sans elle et hors d'elle. Elle ne possède pas comme un particulier qui aliène, qui meurt, qui transmet, qui prend part au mouvement général des affaires : elle possède pour conserver toujours, pour immobiliser et amortir, pour survivre aux générations et sortir plus manifeste et plus solide de leur poussière. Voilà quelle est la nature, je dirai même l'essence d'une congrégation religieuse. Ce n'est pas l'autorisation qui fait ces caractères ; elle les constate ; elle les accepte. Mais ils lui sont antérieurs ; ils existent sans elle comme avec elle.

682. Il suit de là qu'une telle société ne saurait se passer d'un établissement légal, parce qu'elle touche au droit public, à la police publique, à tout ce qu'il y a de plus grave

dans l'Etat : tel a toujours été le droit public en France. Le célèbre édit du mois d'août 1749, enregistré au parlement le 2 septembre suivant, ne était le dernier monument sous l'ancien droit (1); les lois des 2 janvier 1817 et 24 mai 1825 (art. 1 et 4) le consacrent expressément, et aucune loi plus récente n'y est contraire. Il suffit de faire une distinction entre l'existence de fait, qui peut être plus ou moins totale, et l'établissement légal, qui seul donne le droit de posséder, d'acquérir, d'agir en justice, de jouer le rôle d'une personne capable. L'existence peut être irréprochable, eu égard à la police publique ; mais elle doit être distinguée de l'établissement légal, qui donne à cette existence la personnification juridique sans laquelle elle est dépouillée de toute capacité extérieure.

683. Quand une communauté religieuse a un établissement autorisé, c'est une question résolue par les économistes et les politiques, que ses acquisitions ne doivent pas être immodérées, qu'elle doit être contenue dans ses moyens d'action sur les consciences, et que les préférences, qu'un zèle pieux lui fait souvent accorder sur les affections de famille, tombent sous la surveillance de la loi. Il y aurait de grands dangers à rétablir, dans une trop grande extension, la mainmorte ; il y en aurait d'aussi grands à laisser un libre essor à la lutte de l'esprit de congrégation contre l'esprit de famille, et des affections religieuses contre les affections du sang (2). Sans doute, nous ne voulons pas que les établissements religieux soient privés de capacité ; mais nous sommes d'avis que l'État doit étendre sa tutelle sur eux et pré-

(1) Voy. Durand de Maillane, v° *Établissement*, et M. Merlin, Répert., v° *Mainmorte*.

(2) Le collège des Vestales, à Rome, ne pouvait pas recueillir par testament, 1, *Aulu-Gelle*, 12; Symmaq. 1, *epist.* 40.

venir des excès par son équitable intervention (1).

Quant aux congrégations religieuses formées sans un établissement juridique, elles ne sauraient trouver dans l'irrégularité de leur position le privilége d'acquérir librement. Elles ne doivent pas être plus capables que les établissements autorisés; elles doivent, au contraire, l'être moins (2).

684. En droit, on a fini par le comprendre. Mais, en fait, on a cherché à leur faire une position plus avantageuse, en ayant recours au fidéicommis tacite, cette grande ressource des incapables, dont nous parlerons plus amplement sous l'art. 911.

En conséquence, suivant une ancienne tradition dont on voit de fréquents exemples (3), le testateur institue ordinairement trois légataires conjointement. C'est la marche tracée par le célèbre Nicolle, dans ses mémoires imprimés à Lyon en 1770. « Comme il faut tâcher que le bien qu'on fait » à l'Église soit perpétuel, messieurs les légataires univer- » sels sont très-humblement suppliés de faire une donation » entre-vifs de biens, sitôt qu'il sera mort quelqu'un d'entre » eux, de manière que ces biens ne puissent jamais aller à » des parents... Il est nécessaire que ces biens puissent, en » quelque sorte, devenir perpétuels..., que le dernier sur- » vivant fasse un testament pareil à celui que j'ai fait, en » donnant ces biens à trois personnes désintéressées et gar- » dant le même ordre à perpétuité. »

On choisit trois personnes et on les gratifie conjointement,

(1) Voy. l'excellent préambule de l'édit. de 1749, *loc. cit.* Lois des 2 janvier 1817 et 24 mai 1825.

(2) L. 1, C., *De Judæis*.

(3) Voy. un arrêt de Grenoble, du 13 janvier 1841 (Devill., 41, 2, 87), et un arrêt de Paris, du 20 mai 1851 (Devill., 51, 2, 321).

parce que, par ce moyen, on met les chances de survie du côté des fidéicommissaires; on prévient les caducités, et enfin l'on évite au testateur la nécessité d'écrire une disposition nouvelle, à une époque où peut-être son état mental ne permettrait pas de le faire utilement. Nous ne disons pas que cette forme soit la seule que l'on suive; mais nous disons que la jurisprudence en offre de nombreux exemples (1).

685. Malgré ces voiles, la vérité ne manque presque jamais d'apparaître, et quand les héritiers du sang ne croient pas devoir respecter les dernières volontés du défunt, il ne leur est pas difficile de mettre au grand jour la situation que cache cette dissimulation. Le fidéicommis tacite, qui est une fraude à la loi, se prouve par des présomptions graves, précises et concordantes (2). Il n'est pas nécessaire d'en rechercher la démonstration dans des documents écrits ; elle se fait par tout ce qui porte la conviction dans l'âme du juge, même par des preuves prises en dehors du testament. La cour de cassation a maintes fois reconnu que l'interposition de personnes est abandonnée à l'appréciation du juge, qui examine souverainement les faits, les circonstances, les in-

(1) V. Cass. 17 novembre 1852 (Devill., 53, 1, 337); Montpellier 24 août 1854 (Devill., 54, 2, 483). — Néanmoins cette jurisprudence cesse d'être applicable lorsque l'interposition a un tout autre but que celui de dissimuler une libéralité faite à un incapable. Il a été décidé, en effet, que la vente simulée ou la disposition testamentaire faite au profit d'un tiers dans le but d'indemniser ce dernier ou de le rembourser de dépenses faites ou à faire par lui pour la construction d'une église, conformément au mandat que lui en a donné le vendeur ou testateur, est valable, bien que la fabrique doive profiter de la construction, comme ne renfermant en définitive que l'acquit d'une obligation tout au moins naturelle. Req., 22 mai 1860. (Devill., 60, 1, 721 ; *J. Pal.* 1861, p. 467; Dalloz, 60, 1, 448).

(2) *Infra*, n°s 703 (art. 911) et 2225.

dices, etc., etc. (1); il pourrait même admettre la preuve testimoniale (2).

686. Les auteurs ont examiné les présomptions habituelles d'où résulte l'interposition de personnes (3). Celles qui sont applicables ici se tirent ordinairement de l'amitié et de l'identité de sentiments religieux ; de l'affinité spirituelle, car, assez ordinairement, le legs est fait à des personnes appartenant à la congrégation, mais dont on a soin de ne pas désigner la qualité, afin d'écarter les soupçons ; de l'autorité du testateur sur les personnes instituées en apparence, et réciproquement du désintéressement personnel des fidéicommissaires, et de leur attachement à leur corporation, etc., etc.

687. On a quelquefois exigé la preuve d'un accord formel entre le disposant et les légataires apparents. Mais cette circonstance n'est pas nécessaire (4) ; autrement la vérité se trouverait étouffée sous la fiction, dans cette matière qui (comme dit Furgole) est pleine de fraude (5). Dans la plupart des interrogatoires sur faits et articles prêtés par les légataires apparents, on voit ces derniers écarter l'idée d'un engagement de restituer et d'une obligation de rendre. Ils s'imaginent échapper, par ces réponses équivoques, à la justice qui les presse. Mais ce sont là de vains stratagèmes. Il est un langage muet qui permet de s'entendre sans profé-

(1) Cassat., 20 juillet 1846 (Devill., 47, 1, 74). Cet arrêt est rendu à mon rapport. *Junge* Menochius, *De præsumpt.*, IV, 67, 68 et suiv. — Voy. encore Montpellier, 3 mars 1853 (*J. Pal.* 1853, t. II, p. 564) ; rej. 13 janvier et 3 mars, 1857 (*J. Pal.*, 1857, p. 549, 550) ; Angers, 23 fév. 1859 ; (*J. Pal.*, 1859, p. 347) ; Req., 28 mars 1859 (*J. Pal.* 1860, p. 884 ; Devill., 60, 1, 346 ; Dalloz, 59, 1, 442).

(2) Furgole, VI, 3, 208 et suiv.

(3) Menochius, *loc. cit.* Furgole, *loc. cit.*

(4) Furgole, VI, 3, 225, 226. *Infra*, n° 704.

(5) VI, 3, 208. Arrêt de la cour de cassat., du 21 juillet 1846, à mon rapport (Devill., 47, 1, 74).

rer des paroles; il y a des pensées qui se devinent et n'ont pas besoin de s'exprimer. Dans les affections spirituelles, tout autant que dans les affections mondaines, on peut s'entendre sans se parler, et ce que l'on dit le moins est souvent ce qui se comprend le plus. L'accord résulte des faits eux-mêmes et de la nature des choses, des intentions respectives, des vœux, du désintéressement personnel, de l'abnégation de soi-même en faveur de la communauté, de mille circonstances qui écartent la possibilité raisonnable d'une libéralité privative, et surtout de la soumission absolue aux intérêts supérieurs de l'établissement (1).

688. Privées de ces subterfuges, les congrégations religieuses non autorisées ont imaginé de dire : Puisque le corps moral n'existe pas, puisque la personne civile n'est pas reconnue pas la loi, il ne reste que de simples particuliers, qui sont dans le droit commun. Pourquoi donc les empêcherait-on de profiter de la libéralité? N'est-ce pas à eux qu'elle s'adresse (2)? Quelle difficulté y a-t-il à ce que le fidéicommissaire leur fasse passer le fidéicommis? Ne sont-ils pas capables de recevoir ? Ne sont-ce pas eux qui posséderont par eux-mêmes à titre privé, sans prétention à former une personne publique, pouvant briser les liens de

(1) Il a été décidé en ce sens que, pour qu'un legs puisse être annulé comme cachant un fidéicommis au profit d'un incapable, il n'est pas nécessaire que les juges aient la preuve d'un accord formel entre le testateur et le légataire relativement à la transmission de la chose léguée ; il suffit que de l'ensemble des faits résulte la conviction qu'ils se sont directement ou indirectement entendus sur l'exécution d'un fidéicommis tacite, Req. 20 avril 1847 (Dalloz, 47, 1, 269); Bordeaux, 8 décembre 1847 (Dalloz, 48, 2, 21); Angers, 23 février 1859, (Dalloz, 59, 2, 96; *J. Pal.*, 1859, p. 347. Devill., 59, 2, 136).—V. cependant MM. Grenier, n° 136, Merlin, *Quest.* v° *Subst. fid*, § 14; Favard, v° *fid. tac.*, p. 574; Coin-Delisle, art. 911, n° 11; Paul Pont, *Rev. de législat.*, 1847, t. III, p. 290 et suiv.

(2) L. 20, D., *De reb. dubiis.*

leur association, et emporter avec eux les propriétés, les partager, etc., etc. ?

Cette thèse a été adoptée par un arrêt, après partage, de la cour de Grenoble, du 15 janvier 1841, qui la développe avec force (1), et le pourvoi a été rejeté par l'arrêt du 26 août 1842 (2), par le motif beaucoup plus restreint, qu'il résultait des faits que la libéralité avait été faite aux trois légataires personnellement. Déjà un arrêt de la cour de cassation du 11 novembre 1832 avait décidé, par voie de rejet, que les individus faisant partie d'une congrégation religieuse non autorisée, étaient capables d'acquérir pour eux et pour leurs associés (3).

689. Mais ces décisions ne se placent pas dans le vrai; elles acceptent des faits qui manquent d'exactitude; elles faussent la situation. Et comme, dans ces matières, la cour de cassation est fortement influencée par les constatations de fait des cours d'appel, elle est en quelque sorte obligée d'accepter comme sincères des situations qui ne le sont pas. De là, les deux arrêts précités : ce ne sont que des arrêts d'espèces. Il est en effet constant, que la pensée des testateurs, dans ces deux causes comme dans celles qui leur ressemblent, n'était pas de gratifier les légataires personnellement, et *ut singuli*. Non ! Les légataires n'étaient pas des légataires ; c'étaient des mandataires dépouillés du droit de conserver pour eux-mêmes et pour leur famille, mais chargés de faire passer la libéralité à la communauté seule, à la communauté ayant devant elle un avenir indéfini et un dessein formel de perpétuité; à la communauté se renouvelant toujours, sans jamais changer, par la substitution de nouvelles personnes à

(1) Devill., 41, 2, 87.
(2) Id., 42, 1, 739.
(3) Devill., 33, 1, 493.

d'autres; à la communauté pour qui les membres présents sont les procureurs nés des membres à venir; à la communauté qui absorbe tout, et à qui tout est sacrifié, personnes, affections, intérêts.

690. Aussi d'autres décisions beaucoup plus nombreuses ont-elles pris la situation par son véritable côté, et les fidéicommis tacites se sont écroulés sous l'examen attentif des tribunaux. On peut consulter les arrêts de la cour de cassation des 5 avril 1841 (1), 5 juillet 1842 (2), et 26 février 1849 (3). Telle est aussi la jurisprudence des cours d'appel (4). Pour ne pas me jeter dans l'examen d'espèces trop nombreuses, je me bornerai à citer un arrêt de la cour de Paris du 19 mai 1851, rendu sous ma présidence par la 1re chambre.

Il s'agissait d'un legs considérable fait par Mme de Soyecourt à la congrégation des Carmélites, dont elle était supérieure. Ce legs était fait en apparence à trois coreligieuses carmélites; mais elles n'étaient nommées que par leur nom de famille, et leur qualité spirituelle était passé sous silence. Ces trois religieuses, interrogées sur faits et articles, avaient fait des réponses évasives; elles avaient surtout nié de s'être liées, par un engagement ou une convention, à rendre à la corporation. Il est à remarquer que leur cause se présentait dans des conditions très-favorables. Mme de Soyecourt n'avait pas négligé sa famille; elle lui avait fait des avantages considérables. Ce qui lui restait, après s'être dépouillée pour ses parents, elle avait voulu le donner à une

(1) Devill., 41, 1, 875.
(2) Devill., 42, 1, 490.
(3) Devill., 49, 1, 245.
(4) Agen, 12 août 1842 (Devill., 43, 2, 33). Caen. 31 mars 1846 (Devill., 46, 2, 431). Paris, 2e chambre, 27 juin 1850. (*Gaz. des trib.* du 28 juin.) 1re chambre, 8 mars 1850.

congrégation religieuse où elle avait passé une sainte vie. Le legs comprenait, outre un capital de 200,000 fr., le propre hôtel dans lequel elle avait établi les Carmélites. Enfin, Mme de Soyecourt avait exprimé le désir que sa famille, satisfaite de ses amples libéralités, n'attaquât pas ses dernières dispositions pieuses. Cependant sur trois héritiers, un seul crut pouvoir enfreindre au nom de la loi cette volonté ; le testament fut attaqué en son nom, et si la cour avait voulu suivre ses sentiments plutôt que ses devoirs inflexibles, elle aurait repoussé une demande qui ne se présentait pas avec faveur. Mais la loi parlait : il n'en fallait pas davantage pour lever dans l'âme du juge les scrupules de l'homme. Voici son arrêt (1) :

« La cour,

» Considérant qu'il est constant en fait qu'une communauté religieuse de Carmélites existe rue de Vaugirard, 70 ; que l'établissement de cette communauté n'est pas autorisé ; que les dix-huit femmes qui la composent sont soumises à des règles précises qui portent le caractère de la vie cloîtrée et ne laissent aucun doute sur les conditions de leur existence comme congrégation vouée à la religion ;

» Considérant que c'est cette congrégation que Françoise-Camille de Soyecourt a voulu gratifier par son testament du 18 août 1841 ; que le legs universel fait conjointement aux trois sœurs Diert de Mélissent, Eléonore-Fleuriste Casset et Louise-Aglaé-Céphise Fouquet, ne s'adresse à elles qu'en apparence, mais qu'en réalité il est destiné à la communauté

(1) Voy. la *Gazette des Tribunaux* du 21 mai 1851. Elle fait précéder l'arrêt de cette observation : Conformément à ces conclusions, la cour, après délibération en la chambre du conseil, a rendu l'arrêt suivant, dans lequel, à côté des principes d'une saine doctrine, se trouvent des considérations d'intérêt public dignes d'être recommandées non-seulement aux justiciables, mais à l'autorité supérieure elle-même.

elle-même, communauté dont Françoise-Camille de Soyecourt était la supérieure, qu'elle avait relevée et rétablie, et dont elle voulait assurer l'avenir par ses libéralités;

» Qu'il résulte des documents produits dans la cause, que Françoise-Camille de Soyecourt, entièrement détachée des affections du monde, n'avait plus de préoccupations que pour son couvent, auquel elle avait consacré toute sa sollicitude, et auquel il est évident qu'elle a voulu laisser ce qui lui restait de sa fortune, après avoir fait de son vivant d'amples libéralités à sa famille;

» Que la qualité de religieuses des trois légataires, leur affinité spirituelle avec la défunte, la connaissance qu'elles avaient de ses pensées intimes, relativement à la conservation de la communauté après son décès, l'autorité dont elles jouissaient toutes trois dans l'établissement, et surtout l'une d'elles, appelée à remplacer la testatrice dans la dignité de supérieure, confirment de plus en plus qu'il s'agit, non pas d'un legs dont elles seraient investies privativement et *ut singulæ*, mais d'un fidéicommis tacite, ayant pour but, soit de transmettre au couvent, par interposition de personnes, la propriété de l'édifice dans lequel il est établi, soit de doter, par le même moyen détourné, ladite corporation, de manière à perpétuer son existence;

» Considérant que le testament prend toute sa force dans le volonté du testateur; que, dans l'espèce, la testatrice n'a pas voulu gratifier les personnes qu'elle a nommées, et qu'elle n'a pas nommé à dessein la personne morale qu'elle voulait gratifier; que sa disposition ne peut dès lors se soutenir, puisque cette personne morale, n'ayant pas d'établissement légal, manque de capacité pour recueillir;

» Que vainement objecterait-on que la communauté des Carmélites, composée de moins de vingt personnes, n'a rien de contraire aux lois et règlements, surtout depuis la Con-

stitution de 1848 ; qu'en conséquence ses membres sont dans le droit commun pour recevoir collectivement des choses qui ne restent communes entre eux qu'autant qu'ils y consentent;

» Mais considérant qu'il faut faire une distinction, en cette matière, entre l'existence d'une congrégation religieuse et son établissement légal; qu'en supposant que la congrégation des Carmélites soit à l'abri de toute critique quant à son existence de fait, il n'est pas moins vrai qu'elle n'a pas reçu de l'autorité compétente le droit de former un établissement;

» Que, d'après la loi du 24 mai 1825 (art. 1 et 4), c'est par l'établissement seul que les congrégations religieuses, qui sont des personnes morales relevant du droit public, peuvent posséder ou acquérir à titre onéreux ou gratuit; que l'Etat est intéressé à ce qu'il ne se forme pas, sans son concours, des corporations de cette espèce, dont la nature est de se perpétuer, et qui se placent dans une position particulière, soit par leur but et leurs règles intérieures, soit par l'immobilité et l'accumulation de leurs propriétés;

» Que, s'il en était autrement, il en résulterait que les congrégations religieuses, qui se mettraient en dehors de la loi, auraient un privilége sur celles dont l'établissement serait légal; qu'après s'être affranchies des dispositions du droit pour leur établissement, elles seraient exemptes de toute règle en ce qui concerne les incapacités et l'acquisition des biens; qu'une telle conséquence est inadmissible;

» Par ces motifs, met l'appellation et ce dont est appel au néant.

» Emendant, déclare nul et de nul effet le testament du 13 août 1841, etc. (1).

691. On remarquera que cet arrêt touche un point impor-

(1) Audience du 19 mai.

tant, à savoir la différence entre l'existence de fait et l'établissement légal d'une congrégation religieuse. Cette distinction est capitale; elle répond à une objection tirée de la tolérance des associations religieuses depuis la Constitution de 1848; elle concilie le droit public nouveau avec le droit public ancien; elle conserve à l'Etat et à la loi ses prérogatives et sa haute tutelle.

692. Revenons maintenant aux établissements religieux légalement institués.

La loi du 24 mai 1825, qui règle la situation des couvents de femmes, s'occupe de la mesure de capacité de ces pieux asiles. Elle ne veut pas qu'ils puissent être institués par un titre universel; un legs universel serait nul. Il peut avoir quelquefois des dangers inopinés; des dettes peuvent se révéler lorsque déjà l'acceptation en a eu lieu, et convertir en obligations onéreuses une libéralité jugée d'abord opulente. D'ailleurs, le legs universel donne au légataire universel la qualité de continuateur du défunt, et il pourrait résulter de cette représentation héréditaire des rapports extérieurs et des embarras incompatibles avec le *decorum* d'un établissement religieux. Les établissements religieux de femmes ne peuvent donc recueillir que des legs à titre particulier. Une raison de décence explique suffisamment la prohibition dont il s'agit (1). Du reste, les égards pour l'esprit de famille sont ici pour peu de chose; car rien ne défend à un testateur d'épuiser toute sa fortune en legs particuliers au profit de l'établissement (2).

693. Maintenant il y a autre chose : ce droit de recueillir vient se restreindre d'une manière marquée, quand la personne qui dispose fait partie de l'établissement religieux.

(1) Voy., n° suivant, les arrêts cités.

(2) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 589.

La loi du 24 mai 1825 établit, par son art. 5, que si la personne, qui donne entre-vifs ou teste, fait partie de l'établissement religieux, cet établissement n'est capable de recevoir que jusqu'à concurrence de la valeur du quart des biens de la disposante, à moins que le don ou le legs n'excède pas la somme de 10,000 fr. On a craint les influences secrètes, les dévouements aveugles, et l'oubli de la famille naturelle trop souvent sacrifiée à la famille spirituelle (1). Du reste, quand la loi parle du quart des biens, elle n'entend pas autoriser par là les legs à titre universel qu'elle a proscrits plus haut; elle veut dire seulement que les legs particuliers ne peuvent pas excéder le quart de la fortune de la disposante (2). Que si le donateur faisait à l'établissement dont il fait partie un legs universel, cette disposition serait nulle pour le tout et non pas seulement réductible au quart (3). Comment, en effet, réduire à un legs particulier un legs universel? Ne serait-ce pas en changer la nature? Ne serait-ce pas le faire passer d'une classe dans une autre, et empiéter par conséquent sur les droits du testateur?

694. Le même art. 5 ne s'arrête pas là : il considère les sœurs appartenant à l'établissement comme personnes interposées pour les dons et legs qui s'adressent à elles personnellement; il ne permet pas, en conséquence, que les libéralités excèdent le quart, comme si elles étaient faites à l'établissement lui-même. Cette présomption d'interposition

(1) Dans l'ancien droit, la captation était supposée de plein droit dans les libéralités des novices à leur couvent (ord. de Blois, art. 28). Furgole, VI, 1, 78.

(2) M. Bayle-Mouillard, *loc. cit.* Caen, 31 mars 1846 (Devill., 46, 2, 431, 432).

(3) Lyon, 22 mars 1843 (Devill., 43, 2, 569). Caen, 31 mars 1846 (Devill., 46, 2, 431).

ne cesse que si la donataire ou la légataire est héritière en ligne directe de la donatrice ou testatrice.

On ne doit pas imputer, dans le quart disponible, la dot que paye chaque novice en entrant dans l'établissement, dot qui est la compensation de ce que la communauté a à fournir pour logement, nourriture, entretien. L'usage de se constituer une dot est presque général dans les communautés religieuses ; cette dot est acquise à l'établissement non pas à titre de donation, mais à titre de *do ut des* (1).

695. Cependant l'abus est facile en cette matière, et il peut être fréquent. L'ancienne législation s'en était préoccupée. J'ai eu occasion de le rappeler dans un rapport que j'ai présenté à la cour de cassation (2). Dans l'origine, les parlements toléraient les dots modiques, réduisaient celles qui étaient trop fortes et défendaient même à certains établissements assez riches d'en exiger. Mais la jurisprudence ayant été reconnue impuissante, Louis XIV crut devoir intervenir par sa déclaration du 28 avril 1693 (3), et défendit d'une manière générale de rien exiger directement ou indirectement en vue et considération de la réception, prise d'habit ou profession. Il n'excepta que les établissements récents et postérieurs à 1600, et qui avaient besoin de secours. Dans ce cas, il voulut que la dot consistât en rente viagère, et fût constituée par acte notarié avec l'assentiment des père, mère, tuteur ou curateur. La rente devait être de 500 livres dans les villes siége de parlement, et de 350 livres dans les autres villes. On pouvait y ajouter pour meubles, habits et autres choses absolument nécessaires, 2,000 livres une fois

(1) Argument d'un arrêt de la cour de cassation, du 2 décembre 1845, à mon rapport (Devill., 46, 1, 385).

(2) *Loc. cit.* Il s'est glissé beaucoup d'erreurs dans les Recueils.

(3) Durand de Maillane. *Dict. de droit canonique*, v° *Dot*.

payées dans les villes de parlement, et de 1,200 livres dans les autres villes et lieux; le tout constaté par un acte devant notaire. Dans le cas où les parents des personnes entrant en religion n'auraient pas voulu assurer de rente viagère, le roi permettait aux supérieurs de recevoir une somme de 8,000 livres dans les villes de parlement, et de 6,000 livres dans les autres, à charge d'en passer acte devant notaire.

Ces dispositions étaient très-sages : elles étaient généralement suivies, si ce n'est que l'on avait admis les dots de sommes modiques, même dans les couvents d'ancienne fondation (1).

Cette législation a été emportée avec les établissements religieux pour lesquels elle avait été faite. Mais elle peut donner d'utiles avertissements.

D'abord, il en résulte que la dot n'existe pas de plein droit; il faut qu'elle soit constituée lors de l'entrée dans la communauté, et qu'il y ait une preuve certaine de la convention. Qu'importe que la règle, approuvée par l'autorité supérieure, permette d'exiger une dot déterminée? Ce n'est là qu'une faculté; la communauté peut en user ou n'en user pas. Il arrive souvent qu'elle y renonce, soit au profit d'une personne pauvre, soit au profit d'un grand mérite, soit au profit d'une sœur dont on espère obtenir par la suite des avantages pécuniaires. La dot doit donc être constatée. On n'exigera pas sans doute un acte notarié, puisque la législation moderne n'a pas reproduit les exigences de l'ancien droit; on n'exigera pas un acte de donation en forme, puisque la dot d'une religieuse n'est pas une donation. Mais on exigera une preuve certaine, sérieuse, de bonne foi (2). Sans

(1) Brillon, v° *Bénéfice*. Durand de Maillane, *loc. cit.*

(2) Arrêt précité, du 2 décembre 1845 (Devill., 46, 1, 387).

cette preuve, sans une manifestation de volonté, on n'accordera rien à l'établissement ; car l'entrée en religion n'a pas pour effet nécessaire de rendre la communauté créancière d'une dot. Il y faut une convention.

696. Parmi les congrégations de femmes, les sœurs hospitalières, les sœurs de charité, se distinguent par leurs vertus et leur utilité. Un décret du 18 février 1809 a réglé leur établissement avant le régime constitué par la loi du 24 mai 1825 (1). Ce décret, en laissant aux sœurs hospitalières la propriété individuelle et l'administration de leurs biens patrimoniaux, contenait une prohibition remarquable dont le but était de prévenir les vœux perpétuels, non reconnus par la loi et peu favorables d'après les idées du temps. Les art. 9 et 10 défendaient aux sœurs hospitalières de se dépouiller entre-vifs, soit au profit de leur famille, soit au profit de leur établissement, soit au profit de qui que ce soit. C'était une garantie contre un détachement absolu, sans retour, sans repentir possible. Du reste, le droit de tester subsistait dans sa plénitude.

697. Le décret de 1809 est resté la règle des sœurs hospitalières jusqu'en 1825. Mais, à cette époque, la loi du 24 mai les a englobées dans ses dispositions générales ; elle a créé pour elles un droit qui leur est commun avec le droit de toutes les femmes appartenant à des congrégations religieuses. Et, comme la loi du 24 mai 1825 n'a pas répété la disposition restrictive et exorbitante du décret du 18 février 1809, il s'ensuit que cette prohibition n'existe plus.

On l'a contesté, mais en vain. La loi de 1825 a été faite pour les sœurs hospitalières, autant que pour les autres congrégations de femmes (2). Le Moniteur du 6 avril 1827 cons-

(1) *Supra*, n° 530.
(2) M. Bayle-Mouillard, *loc. cit.* p. 590, 591.

tate qu'il existait, au 1er janvier 1825, 2,800 établissements de religieuses; 20 congrégations seulement étaient vouées à la vie contemplative; toutes les autres étaient des maisons hospitalières. Elles formaient donc la majorité, et la loi les concerne plus que toutes les autres.

698. Quand un établissement religieux vient à s'éteindre ou à être révoqué, les biens donnés font retour aux donateurs ou à leurs parents au degré successible (1). On ne considère pas que les membres de la congrégation y aient acquis le moindre droit *ut singuli*; ils ne sont rien : la congrégation a tout été dans la pensée du donateur.

699. Quant aux biens achetés par les établissements, la loi de 1825 n'applique pas ici le droit de déshérence, en vertu duquel l'Assemblée constituante attribua au domaine public les biens de l'Église. La loi de 1825 les répartit pour moitié entre les établissements ecclésiastiques et les hospices des départements dans lesquels sont situés les établissements éteints (2). Ici encore on voit combien le droit individuel est peu de chose, et combien les membres des corporations sont effacés; c'est là une grande différence entre les congrégations religieuses et les sociétés ordinaires. Dans ces dernières la chose commune appartient à tous en particulier. Mais dans le corps moral formé par une congrégation religieuse, tout appartient à l'être intellectuel; rien n'est pour les individus.

ARTICLE 911.

Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un con-

(1) Loi du 24 mai 1825.
(2) Laferrière, t. 1, p. 380.

trat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable.

SOMMAIRE.

700. Une donation entre-vifs ou testamentaire au profit d'un incapable peut être déguisée de deux manières : *premièrement*, pa interposition de personnes; *deuxièmement*, par contrat simulé.

701. *Premièrement :* de l'interposition de personnes. — A Rome, la disposition frauduleuse profitait au fisc. — En France, sous le Code comme dans l'ancien droit, elle profite à l'héritier.

702. Pour qu'il puisse y avoir interposition de personne, il faut qu'il y ait, tout à la fois, avantage au profit d'un incapable et paction secrète pour faire parvenir la libéralité à cet incapable.

703. La preuve d'un fidéicommis tacite peut s'établir de toutes manières.

704. Il n'est pas même nécessaire de prouver qu'il y a eu accord formel entre le grevé et l'incapable.

705. La loi a en outre établi des présomptions, qui font supposer de plein droit l'interposition.

706. Le droit romain regardait comme personnes interposées celles qui étaient placées sous la puissance d'un même père de famille.

707. Le droit français est allé plus loin, et il a établi des présomptions d'interposition, même quand le lien de la puissance paternelle n'existe pas.

708. En présence de ces présomptions, il n'est pas permis aux juges de se décider par des preuves ou des conjectures contraires.

709. Décision de la cour de Rouen rapportée à tort par les arrêtistes comme une exception à cette règle.

710. Dans l'espèce jugée par la cour de Rouen, il s'agissait d'une incapacité accidentelle survenue postérieurement au testament.

711. *Quid* dans le cas où la personne, frappée d'incapacité à l'époque de la disposition, a recouvré sa capacité au moment où la disposition produit son effet?

712. La règle catonienne ne serait point applicable ici, et la disposition serait valable;

713. A moins toutefois que l'interposition n'eût été, à l'époque où elle a été faite, le résultat de la captation.

714. *Quid* s'il s'agit d'une donation entre-vifs, et que l'incapacité survienne au moment de l'acceptation? — Il n'y a pas là, à vrai dire, d'incapacité, et la disposition est valable.

715. Il en est de même si, au moment de l'acceptation de la donation, la présomption d'interposition a disparu;

716. Même dans le cas de suggestion. — Différence sur ce point entre la donation et le testament.

717. Si l'incapable est décédé, il n'y a plus présomption d'interposition.

718. L'énumération des personnes légalement présumées interposées est de droit étroit.

719. En dehors des présomptions légales, le juge peut rechercher, dans toutes les circonstances de la cause, la preuve de l'interposition.

720. Il ne doit pas perdre de vue alors qu'il s'agit avant tout d'une question d'intention.

721. Du reste, les prohibitions de cet article sont générales et ne souffrent aucun tempérament.

722. Ainsi, il a été jugé que la mère d'un enfant naturel, qui n'était pas né à l'époque du testament et du décès du père, mais qui avait été reconnu avant que de naître, est incapable de recevoir.

723. De la parenté résultant de l'adoption.

724. Les présomptions de l'art. 911 ne s'appliquent, du reste, qu'aux incapacités relatives. — Elles ne doivent pas s'étendre au cas où il s'agirait d'une incapacité absolue, comme par exemple au cas de mort civile.

725. L'art. 911 atteint aussi les dons manuels.

726. *Deuxièmement :* du déguisement de l'acte par contrat simulé.

727. Le droit romain révoquait les donations déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux. — Il en est de même sous le Code.

728. Des reconnaissances de dettes employées comme moyen de fraude.

729. La preuve incombe au demandeur en nullité. — Réfutation de l'opinion de M. Delvincourt.

730. Sont valables les donations faites sous forme de contrats onéreux à des personnes capables de recevoir.

COMMENTAIRE.

700. C'est en vain que la loi aurait fait des établissements pour prohiber les libéralités au profit de certaines personnes frappées d'une incapacité relative et objet de sa suspicion, si elle n'eût prévu les cas où une fraude adroite, empruntant des couleurs étrangères, saurait éluder ses defenses. Le but de notre article est de prévenir ce genre de subterfuges : il est calqué sur la jurisprudence ancienne, dont la sagesse avait laissé échapper bien peu de cas importants. Et, comme cette matière est pleine de fraudes, l'interprète s'armera de sévérité pour ne pas être le jouet de combinaisons astucieuses et de détours captieux.

On peut déguiser une donation entre-vifs ou testamentaire au profit d'un incapable de deux manières : ou par interposition de personne, ou par contrat simulé. Il faut donc envisager la fraude sous ces deux points de vue.

701. Le déguisement par interposition de personne se fait par un fidéicommis tacite (1), au moyen duquel on institue une personne capable, qu'on charge verbalement de rendre l'objet de la libéralité à une personne incapable désignée, et qui est le véritable but de la disposition à titre gratuit (2).

(1) *Supra*, n° 684.

(2) Furgole, VI, 3, 208 et suiv. Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 708. Voy. le

Cette fraude à la loi était pratiquée du temps des Romains. Voici comme s'en exprime la loi 10, D., *De his quæ ut indign. auf.* « *In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id quod* » *relinquitur, vel aliud, tacite promittit se restituturum personæ* » *quæ legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirogra-* » *phum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromi-* » *serit* (1). »

Pour punir ce détour illégal, la loi déclarait indigne la personne chargée de rendre, et le fisc s'emparait de la disposition (2).

Cette dernière disposition n'avait pas lieu en France, où le fisc avait bien moins de droits que chez les Romains. On déclarait la libéralité caduque; mais c'était au profit de l'héritier. Le Code Napoléon a été conçu dans les mêmes idées.

702. Pour qu'il y ait interposition de personne vraiment frauduleuse, il faut trouver le concours de deux circonstances, savoir: un avantage au profit d'une personne prohibée; une paction secrète, soit formelle, soit tacite et mentale, pour faire parvenir la libéralité à cet incapable. Si, par exemple, la paction n'était pas secrète et que la charge de rendre à la personne prohibée fût ouvertement mise dans le testament ou dans la donation, on sent qu'il n'y aurait pas ce qu'on appelle interposition de personne, et qu'on ne pourrait supposer une intention frauduleuse d'éluder la loi, ni dans le disposant qui manifeste publiquement sa volonté, ni dans la personne chargée de rendre avec la

précieux commentaire de Cujas sur la loi 11, D., *De his quæ ut indignis* (*Quæst Papin.*, lib. 15).

(1) Voy. Cujas sur la loi 3, D., *De probat.* (lib., 9, *Respons. Papin.*).

(2) L. 43, D., *De jure fisci.* Voy. là-dessus Pothier, *Pand.*, t. II, p. 352, n° 392, et Furgole, VI, 3, 208.

même publicité (1). En pareil cas, si la disposition présente les caractères de la substitution, on l'annule pour le tout, d'après l'article 896 du Code Napoléon. Mais si elle ne constitue qu'un simple fidéicommis, on ne déclare nulle que la charge de rendre à l'incapable et on en fait profiter l'héritier; quant au grevé, il recueille sans difficulté ce que la disposition peut contenir d'avantage légal pour lui. Au lieu que lorsque le fidéicommis est tacite, la charge de rendre est la cause finale de la disposition : aucune pensée de libéralité ne s'adresse au grevé. Il ne reste qu'un incapable qu'on a voulu seul gratifier, et la disposition tombe pour le tout, parce que la fraude en est l'âme et le fond.

703. Ceci posé, il s'agit maintenant d'examiner comment peut s'acquérir la preuve d'un fidéicommis tacite.

La fraude, qui préside à ce genre de dispositions, peut se prouver par tous les genres de preuves, par la preuve testimoniale, la preuve littérale, le serment, l'interrogatoire sur faits et articles, etc. (2). Ricard soutient à la vérité que l'on ne peut prouver par témoins que l'héritier n'est que fiduciaire en fraude de la loi (3). Mais cette opinion est fausse. La loi 3, § 3, D., *De jure fisci*, admet tous les genres de preuves. *Sed ex aliis probationibus manifestissimis, idem fit* (4).

704. Il n'est pas même nécessaire de prouver qu'un accord formel a eu lieu entre le grevé et l'incapable. Il suffit que leur intelligence résulte de la nature des choses, pour que, bien que mentale, elle soit admise comme certaine (5).

(1) L. 3, § 1, D., *De jure fisci*. L. 103, D., *De legat.*, 1°.

(2) *Supra*, n°s 685, 686.

(3) N° 713.

(4) Furgole, VI, 3, 264. Henrys, 5, 6, 18, et Bretonnier. M. Toullier, n° 77.

(5) *Supra*, n° 687.

De quoi s'agit-il ici? De déjouer la fraude. Or, dans les situations qui nous occupent, la frande affecte précisément d'éviter tout ce qui pourrait donner de l'apparence à un accord. Il faut donc saisir la pensée dans les replis où elle se cache. Les circonstances la dévoilent presque toujours malgré elle (1). Les rapports d'amitié étroite, de dépendance personnelle, de convictions religieuses ou autres sont des indices d'une haute gravité (2).

705. Comme il y a mille moyens de tenir la fraude secrète, et que néanmoins on doit la supposer très-facilement entre personnes conjointes par les liens du sang, la loi ne s'est pas contentée d'une preuve souvent fugitive; elle a cru devoir établir certaines présomptions légales qui font supposer, de plein droit, l'interposition.

C'est pourquoi, les affections qui unissent les ascendants et les descendants, l'époux et l'épouse, rendant leurs intérêts communs, le législateur a voulu que ce qui était donné à l'époux, au père, à la mère, aux descendants d'une personne incapable, fût censé donné à cet incapable lui-même.

706. Dans le droit romain, on avait également senti la nécessité de faire rejaillir sur des personnes unies par des intérêts communs, l'incapacité d'un citoyen. Mais on n'avait pas été si loin que nous; car on ne regardait comme interposés que ceux qui étaient sous la puissance du même père de famille et qui, par conséquent, apportaient les donations, qui leur étaient faites, à une même masse de biens. Ainsi, le fils était considéré comme interposé pour son père, s'il était *in potestate*. Le père était considéré comme interposé pour son

(1) Cassat., 20 juillet 1846, à mon rapport (Devill., 47, 1, 74). Cassat., 20 avril 1847 (Devill., 47, 1, 437, et Dalloz, 47, 1, 269). Bordeaux, 8 décembre 1847 (Devill., 48, 2, 13).

(2) Dissertation de M. Paul Pont, *Revue de législ.*, t. XXX, p. 290.

fils, s'il l'avait *in postestate*. Le frère était aussi considéré comme interposé pour son frère, si l'un et l'autre étaient en puissance du même père (1). Mais ces présomptions de fraude et d'interposition cessaient aussitôt que les liens de la puissance paternelle étaient rompus (2).

707. Le droit français est allé beaucoup plus loin (3). Par une méfiance fondée sur la connaissance du cœur humain, et déterminée d'ailleurs par des motifs de la plus haute considération, il a supposé qu'indépendamment de toute preuve étrangère, il y a présomption irrésistible que le père, la mère, l'époux ou le descendant sont chargés, par fidéicommis tacite, de rendre la chose à l'incapable, quand même le lien de la puissance paternelle n'existerait pas ; et cette présomption est tellement forte, elle repose sur une identité d'intérêts si entière, sur des raisons d'affection si puissantes, qu'elle est une présomption de droit (4) et qu'elle exclut toute preuve contraire (art. 1352). Telle était l'ancienne jurisprudence, au moins dans sa généralité (5). Le code Napoléon n'a fait que s'en emparer, et, en la formulant d'une manière aussi nette et aussi ferme, il l'a mise au-dessus des caprices de l'arbitraire.

708. Des arrêts ont cependant essayé de lutter contre cette barrière de l'art. 911. Mais la cour de cassation l'a maintenue avec vigueur. C'est pourquoi la cour de Grenoble ayant décidé, que l'art. 911 ne pouvait pas s'appliquer au don fait au père ou à la mère d'un enfant adultérin, par la

(1) L. 3, §§ 5 et 6. L. 5 § 2. L. 32, § 16. D., *De donat. inter vir. et uxor*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 39, n° 8.

(2) Voët, *De donat. inter vir.*, n° 9. Ricard, part. 1, n° 709.

(3) Ricard, n°s 710 et 714, 717.

(4) Ricard, *loc. cit*. Cout. de Paris, art. 276. Normandie, art. 439, ordonn. de 1550. Louet et Brodeau, lettre *D*. somm. 17.

(5) Autorités précitées.

raison que cet enfant ne pouvait recevoir de ses auteurs ni par succession, ni par donation entre-vifs, et que dès lors on ne pouvait supposer que ceux-ci eussent été chargés de lui transmettre, cet arrêt a été cassé avec raison par un arrêt de la cour de cassation du 13 juillet 1813 (1). Il résulte de la décision de la cour suprême que la disposition de l'art. 911 est générale et absolue, qu'elle ne permet pas aux juges de se décider par des conjectures, ni même par des preuves contraires. L'espèce se présentait cependant dans des circonstances favorables. Il paraissait clairement que le legs avait été fait à la mère par pure affection pour elle. D'un autre côté, le bâtard adultérin était incapable de succéder à sa mère ; enfin, celle-ci, ayant disposé du legs, avait indiqué par là qu'elle n'était pas interposée pour rendre à son enfant. Malgré cette réunion de circonstances favorables, la cour de cassation s'est renfermée dans les bornes étroites de l'art. 911. Elle n'a pas permis d'affaiblir une présomption de droit qui porte avec elle sa certitude légale (2).

L'esprit de l'interprète peut apercevoir d'autres cas où la présomption de l'homme lutte avec la présomption de la loi. Mais le juge doit se montrer inflexible.

Supposons que la mère d'un enfant naturel reçoive une libéralité du père de cet enfant, qu'ensuite elle se marie à un autre et se constitue en dot le bien qui a fait l'objet de la donation. Il y a bien là quelques apparences de nature à faire supposer que la mère a été seule favorisée et non son fils. Néanmoins, la présomption de la loi prévaudra, et l'on décidera qu'il y a fidéicommis tacite (3).

En pareil cas, on ne s'aurait s'étonner de voir la loi frap-

(1) Dalloz, 5, 306, Devill., 4, 1, 394.

(2) *Junge* Angers, 13 août 1806 (Devill., 2, 2, 165). Amiens, 22 déc. 1838, (Dévill., 39, 2, 254).

(3) Grenoble, 13 juillet 1813 (Dalloz, 5, 305).

per, avec son niveau inflexible, des cas où la fraude peut à la rigueur n'être pas palpable. Le législateur a aperçu un ensemble de considérations graves et dominantes ; il a posé une règle commandée par l'utilité générale. Un accident particulier n'est pas suffisant pour la faire fléchir (1).

709. Partant de là, que dirons-nous d'un arrêt de la cour de Rouen, du 25 janvier 1808, rendu dans les circonstances suivantes (2).

La veuve Dufour fait, le 3 frimaire an XIII, un testament par lequel elle lègue la nue propriété d'un mobilier à un sieur Manoury, auquel elle était liée, ainsi qu'à sa femme, par des sentiments d'affection et de reconnaissance qu'elle déclare dans son testament.

Trois mois après, c'est-à-dire le 27 pluviôse an XIII, elle décède à la suite d'une maladie, dans laquelle elle avait reçu exclusivement les soins de Manoury, fils des époux Manoury, médecin à Vernon.

Il faut noter qu'il n'était ni justifié ni même allégué que la dame Dufour fût malade le 3 frimaire an XIII ; il était constant que la veuve Dufour avait résidé pendant vingt-sept ans dans la maison de Manoury père. De là, des rapports fréquents de voisinage, des services rendus, une amitié qui ne s'était pas démentie.

Dans ces circonstances, la cour de Rouen décida, en confirmant le jugement de première instance, que le legs était valable, la veuve Dufour n'ayant voulu en aucune manière faire une libéralité à son médecin.

Les arrêtistes ont classé cet arrêt parmi ceux qui ont décidé à tort que l'art. 911 n'est par absolu et que la règle qu'il pose peut céder à des preuves ou à des conjectures contraires.

(1) Casaregis. *Disc.*, 8, 12.
(2) Devill., 2, 2, 334.

Je ne pense pas qu'ils en aient bien saisi le sens. L'arrêt de Rouen statue sur une espèce qui est en dehors des conditions de l'art. 911.

De quoi s'agissait-il ? On voulait faire décider par la cour, que le médecin avait été avantagé dans la personne de son père, frauduleusement interposée. Mais comment ne voyait-on pas que le médecin n'est pas frappé d'une incapacité absolue ; qu'il ne devient incapable qu'accidentellement, et que, dans l'espèce, la circonstance de la maladie et du traitement, cause unique de l'incapacité, était postérieure à la libéralité faite à Manoury père ? Est-ce que Manoury père, à qui une libéralité avait été faite régulièrement le 3 frimaire an XIII, pouvait raisonnablement en être privé, parce que, plus tard, son fils avait ajouté un service nouveau aux services anciens ? Est-ce que la situation et la capacité de Manoury père pouvaient changer par un fait postérieur étranger à sa personne et indépendant de son fait ? La loi est raisonnable et elle doit être raisonnablement interprétée. Qu'a-t-elle voulu ? Atteindre la fraude et vaincre les subterfuges. Mais, où la fraude trouverait-elle place ici, puisque sa raison d'être n'existait pas au moment du testament? La volonté de la testatrice est claire : elle est libre et dégagée d'erreurs ; il ne faut pas en pervertir la sincérité, en tournant contre elle une disposition qui n'a été faite qu'en faveur de l'intégrité d'esprit.

710. Je dis donc que l'arrêt de Rouen du 25 janvier est excellent, et j'en tire la conséquence que voici :

C'est que l'art. 911 n'est pas applicable, lorsque l'incapacité accidentelle n'est née qu'après le testament ou la donation. Comme le médecin, le confesseur, etc., etc., auraient été capables au moment du testament, comme on aurait pu leur donner directement, on ne peut pas être présumé avoir employé le détour frauduleux d'une interposition de per-

sonne, pour leur donner indirectement. L'interposition est un fait matériel reproché au testateur, et qui doit être dans le testament. Or, il n'y a pas moyen de reprocher au testateur d'avoir voulu mettre une personne capable à la place de la personne incapable réellement gratifiée, alors que, lorsqu'il a disposé, il n'y avait pas d'incapacité. La base fondamentale de l'art. 911 manque donc en pareil cas, et la personne gratifiée a pour elle une preuve si éclatante et un titre si certain, qu'il serait absurde de lui opposer cette disposition méfiante de la loi.

Objectera-t-on que, dans les questions de capacité, c'est le moment du décès qu'il faut considérer (1); qu'ici le moment du décès est contemporain du fait qui détermine l'art. 911; qu'ainsi la libéralité doit être anéantie? Mais nous répondons que la personne gratifiée n'est pas à vrai dire incapable; ce qu'on lui reproche, c'est de n'être pas sérieuse. Or, si elle était sérieusement gratifiée, au moment du testament, par le testament, il n'est pas possible qu'elle perde son caractère par une circonstance étrangère au testament. N'oublions pas que l'interposition est un fait de fraude et que le testament proteste contre lui (2).

711. Ceci nous conduit à un point de vue inverse. Examinons si l'art. 911 est applicable alors que la personne frappée d'incapacité existe au moment de la disposition, mais cesse d'exister au moment où la disposition produit son effet.

Par exemple :

Pierre fait, au profit de la mère de son enfant naturel, une disposition qui excède ce que cet enfant aurait pu recevoir par succession (art. 908). Plus tard l'enfant meurt; la

(1) *Supra*, nos 436 et suiv.
(2) *Infra*, no 714.

mère lui survit et le testateur décède avec le testament en question. Ce testament sera-t-il nul, parce qu'au moment de sa confection, la mère était soumise à la présomption de notre article et était censée interposée?

On peut dire pour la nullité, que, lorsque le disposant s'est décidé à donner, il ne l'a fait qu'à cause de la personne incapable sur laquelle portait toute son affection et qui était la cause finale de sa libéralité; que c'est le cas d'appliquer la règle de Caton : « *Quod ab initio nullum est, non potest* » *tractu temporis convalescere;* » que la personne interposée est censée être la personne incapable elle-même; qu'ainsi le legs est caduc à son égard.

712. Mais il faut répondre que l'exclusion de la mère de l'enfant naturel n'est qu'une exclusion relative et accidentelle. Elle tient à la seule personne incapable, que l'on veut atteindre par tous les moyens. Or, la personne incapable n'existant plus, celle qu'on supposait interposée reprend toute son aptitude naturelle; elle rentre dans son droit.

Quant à la règle de Caton, elle n'est pas applicable ici. On sait qu'il suffit que le légataire réunisse, au moment du décès du testateur, toutes les conditions d'aptitude (1). Peu importe son état au moment du testament.

Ces règles sont surtout satisfaisantes pour la raison dans le cas qui nous occupe. Évidemment, le testateur a pu avoir de grandes raisons d'affection personnelle et spéciale pour songer, dans ses libéralités, à la mère de son fils. Nous voulons bien que ces raisons s'effacent aux yeux du législateur, lorsque l'enfant, que l'art. 908 réduit à une part minime, est là présent, et qu'il est si naturel de penser que c'est pour qu'il recueille lui-même que sa mère a été appelée à recueillir. Mais, quand la mort l'a enlevé, et que le père a persisté

(1) *Supra*, nos 436, 437, 438.

dans sa disposition, il est évident que le legs se dégage de toute obscurité, et qu'il ressort que la pensée du testateur s'est portée exclusivement sur la mère. En persistant jusqu'à sa mort (1), le testateur a montré que ce n'était pas son fils qu'il voulait favoriser, mais la mère seule, objet de son amitié et cause finale de sa disposition (2).

713. Remarquez toutefois que, lorsque l'interposition de personne est le résultat d'une suggestion légalement présumée, notre décision est susceptible d'être modifiée, et voici pourquoi :

Le tuteur, par exemple, est présumé avoir abusé de son empire sur l'esprit du pupille pour capter les libéralités que ce dernier lui a faites (art. 907 (3); et il est clair que, si ces libéralités se font par le moyen détourné d'une interposition de personne, l'interposition est tout autant le fruit de la captation que la disposition même qu'elle dissimule. Or, la captation est un vice qui infecte la volonté du testateur et rend le testament nul dans son principe (4). Il suit de là que le prédécès du tuteur ne devra pas être pris en considération pour faire subsister le testament au profit du légataire apparent. Non pas que ce légataire soit proprement incapable, mais parce que le testatateur n'a pas été libre et sain d'esprit au temps du testament (5). On sait que le testateur doit être capable aux deux temps, au temps de la mort, mais principalement au temps de la confection du testament (6). Dans notre cas, il n'était pas capable au moment du testament, puisqu'il ne s'est pas appartenu et qu'il a cédé à une contrainte morale.

(1) *Supra*, n° 436.
(2) Arg. des lois 82, D., *De acq. hæred.* L. 3 et 5, D., *De donat. inter vir*
(3) *Supra*, n 619.
(4) *Supra*, n° 482.
(5) *Supra*, n°s 430, 434,
(6) *Supra*, n°s 430 et suiv.

De même, supposons que Pierre, malade de sa dernière maladie, fasse un legs de 20,000 fr. au fils de son médecin, et que ce dernier meure subitement avant le malade. Le legs ne devra pas subsister : il est vicié dans l'origine par la captation présumée, qui en a été le mobile déterminant.

714. En ce qui concerne la donation entre-vifs, la question se présente avec des nuances qu'il faut examiner. Supposons d'abord le cas suivant :

Pierre donne à Paul un immeuble le 25 juin 1850. Pierre tombe malade en 1851 : François, médecin, fils de Paul, le soigne de la maladie dont il meurt, et pendant cette maladie Paul accepte la donation.

Dira-t-on que Paul est interposé; qu'au moment de l'acceptation, il a eu derrière lui son fils, personne incapable; que c'est dès lors, ce dernier qui est censé gratifié ; que, dans la matière des donations, c'est l'acceptation qui doit être considérée pour juger les questions de capacité?

Je réponds, en mettant à l'écart ces points de droit, que la donation est valable, et voici par quelles raisons je le prouve :

Il ne s'agit pas ici d'une incapacité. Paul, à vrai dire, n'est pas incapable. On prétend seulement qu'il n'est gratifié qu'en apparence, et que la libéralité ne s'adresse pas à lui.

Or, la donation prouve surabondamment par elle-même, par le temps où elle a été faite, par l'absence de motif pour faire fraude à la loi, que Paul est bien la personne que Pierre a voulu gratifier et non pas une autre. Cela étant, Paul, à qui Pierre a voulu sincèrement donner, est donc bien venu à accepter. La vérité de la donation entraîne la vérité de l'acceptation et toute présomption de fraude disparaît (1).

(1) *Supra*, nº 710.

715. Supposons maintenant un autre cas :

Pierre donne le 25 janvier 1850, à la mère de son fils naturel mineur ; celui-ci meurt en 1852, et la mère n'accepte qu'après son décès. Puisque le donateur permet à la personne prétendue interposée d'accepter la donation, la présomption d'interposition, qui avait pu exister originairement, s'écroule désormais comme non fondée. Il devient clair que c'est elle seule qui a été la cause finale de la libéralité.

716. Quand bien même on irait jusqu'à supposer la suggestion au moment de la donation, on n'en serait pas plus avancé. Le consentement libre donné à l'acceptation est une ratification, qui purge ce vice de fraude et de dol (1). C'est en quoi la donation diffère du testament. Supposons que Pierre, atteint d'une maladie mortelle, fasse une donation entre-vifs au fils de son médecin, et que ce médecin meure subitement avant le malade : si ce dernier consent à l'acceptation, tout sera ratifié et la libéralité triomphera des critiques.

717. Tout ce que nous avons dit ci-dessus est vrai, à plus forte raison, quand le décès de l'incapable est déjà arrivé, alors que la libéralité se fait. *Sublata causa tollitur effectus* (2).

718. L'énumération des personnes, que notre article suppose interposées, est de droit étroit. Elle ne doit pas être étendue. *Odia restringenda.*

Ainsi l'art. 911 ne s'applique pas de droit aux alliés (3), aux collatéraux (4), à la fiancée (5), etc.

(1) Voët, *Quod metus causa*, n° 16. *Supra*, n° 483.

(2) Ricard, part. 1, n° 768. Colmar, 31 mai 1825 (Dalloz, 26, 2, 51). L. 3, C., *De donat. inter vir.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 39, n° 11.

(3) M. Duranton, 8, 275.

(4) Grenoble, 16 avril 1806 (Dalloz, 5, 293).

(5) Arg. d'un arrêt de la cour de cassat., du 19 novembre 1836 (Dalloz,

719. Mais, à défaut de la présomption *juris et de jure,* il est permis aux juges de s'aider de la preuve ordinaire, pour rechercher s'il y a eu fraude à la loi par interposition. Il arrive souvent que l'on charge un étranger, à plus forte raison un parent, de rendre à un incapable. Ce subterfuge ne doit pas rester impuni et le champ de la preuve est ouvert aux parties (1). Seulement cette preuve doit être claire ; car la fraude ne se suppose pas.

720. La loi n'a pas défini, du reste, les circonstances d'où résulte l'interposition. A part les cas où elle la prononce de plein droit, elle s'en rapporte à la sagesse du juge, pour décider si l'institution est sincère ou bien si elle manque de réalité. Les auteurs conjecturaux ont donné des règles (2). Elles se tirent de la parenté, de l'intérêt, de la communauté de sentiments et d'affection, d'un certain ascendant, etc. Mais tout cela est loin d'être complet : un esprit judicieux saura puiser dans les faits de la cause, la preuve de la sincérité ou de la dissimulation de l'acte attaqué. Tout aboutit à la découverte d'une intention frauduleuse, et c'est là que doivent tendre les recherches de la justice.

721. Quant aux personnes citées dans l'art 911, il n'y a pas à équivoquer. Il faut prendre la loi dans son système absolu ; on ne doit pas la limiter arbitrairement. Et comme elle est générale, on ne fera pas de distinction là où elle ne distingue pas. Ainsi, on ne tiendra pas compte de la séparation des époux (3).

37, 1, 32). Toullier, 5, 81. Dalloz, 5, 302. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 605.

(1) Ricard, part. 1, nos 744, 745. Cassat., req. 20 juillet 1846, à mon rapport (Devill., 47, 1 74). Cassat. 27 mars 1816 (Dalloz, 5, 309).

(2) *Supra,* n° 686. Menochius, *De præsumpt.* 4, *præs.* 67. 68 et suiv. Voy. mon rapport dans l'affaire précitée.

(3) M. Toullier, t. X, n° 52. M. Saintespès-Lescot, t. 1, n° 276.

Ainsi, quoi qu'on ait pu dire, il est certain aujourd'hui que la présomption d'interposition de personne existe aussi bien dans le cas de filiation illégitime, que dans le cas de filiation légitime (1).

722. Il a même été décidé, par arrêt de la cour de Paris du 26 avril 1833 (2), que l'art. 911 est applicable à la mère d'un enfant naturel, qui n'était encore que conçu, mais qui n'était pas né à l'époque du testament et du décès du père, qui l'avait reconnu avant de mourir. On a coutume de dire que l'enfant conçu est censé né dans les matières qui lui sont avantageuses (3). Ici, la conception a été assimilée à la naissance dans un cas désavantageux. Mais faisons attention que l'enfant avait été reconnu avant que de naître; et que le père avait montré pour lui son affection par cet acte de reconnaissance qui, par avance, lui avait donné un état. Ajoutons que, lorsqu'il s'agit de repousser des fraudes, l'assimilation de la conception et de la naissance est trop naturelle pour n'être pas acceptée (4).

723. La parenté résultant de l'adoption donne lieu à la présomption de notre article.

724. La présomption de l'art. 911 n'est pas applicable à la matière des incapacités absolues; elle ne s'applique qu'aux incapacités relatives, énoncées dans les art. 907, 908, 909 et 910. Sans quoi l'on consacrerait le faux, et pour prévenir la fraude, on tomberait dans l'absurde.

Jetons le yeux, par exemple, sur l'incapacité du mort civil.

(1) *Supra*, n° 708, et les arrêts d'Angers et d'Amiens cités en note. *Junge*. Toulouse, 5 mars 1827 (Dalloz, 27, 2, 154). M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 606.

(2) Dalloz, 34, 2, 1.

(3) L. 7, D., *De statut homin*. L. 231. D., *De verb. signif*.

(4) *Junge* autre arrêt de la cour de Paris, du 4 mai 1840 (Dalloz, 40, 2, 186).

Ne serait-il pas déraisonnable (c'est la juste remarque de M. Merlin) (1) que l'art. 25, en déclarant le mort civil incapable de donation et de testament, fût censé avoir dit, en s'en référant à l'art. 911, que le père, la mère, le fils ou l'époux du mort civilement ne pourraient recevoir, par donation et par testament, de qui que ce soit? Il suivrait donc de là que l'incapacité du mort civil entraînerait, de plein droit, l'incapacité de ses père et mère, de son fils et de son époux? Cette conséquence est extravagante.

Il faudrait donc dire aussi, que l'incapacité de l'insensé entraînerait l'incapacité absolue, et à l'égard de tous, de ses père, mère, enfant et époux?

Tout cela n'est pas admissible (2). La présomption de l'art. 911 n'a de sens qu'autant qu'on la renferme dans le domaine des incapacités relatives. Bien entendu, du reste, que la preuve d'un fidéicommis tacite, fait au mépris de la loi, reste toujours possible. Mais il n'y a pas ici de présomption *juris et de jure*.

Ce qui achève de prouver que l'art. 911 ne concerne que les incapacités relatives, c'est qu'il est placé à la suite des articles du Code Napoléon qui traitent de ces incapacités restreintes: que, dès lors, c'est à elles qu'il se lie; tandis que, lorsque le Code Napoléon s'occupe d'une incapacité absolue (celle de l'étranger), il entame par l'art. 912 un autre ordre d'idées, dont l'art. 911 se détache entièrement.

725. Nous terminerons ces observations sur l'article 911, en faisant remarquer qu'il atteint les dons manuels faits

(1) Quest. de droit, v° *Interposition de personne*, § 1.

(2) M. Grenier, t. I, p. 602, n° 132; mais il ne donne pas la vraie raison. M. Toullier, n° 80. M. Saintespès-Lescot, t. I, n° 287. Duranton, t. VIII, n° 276. Dalloz, t. V, p. 303.

frauduleusement, aussi bien que les donations et les testaments contenant des détours frauduleux (1).

726. Maintenant, arrivons à un autre point traité par notre article, c'est-à-dire aux déguisements pratiqués non par le moyen des personnes, mais par le moyen des actes, pour gratifier indirectement des incapables.

Il est une règle triviale en droit : c'est que, pour juger de la nature d'un contrat, on ne s'arrête pas à la dénomination que les parties lui ont donnée : *nimium ne crede colori*, disait le Poëte (2) ; le jurisconsulte se souvient aussi de ce conseil et l'accepte comme excellent. Les incapacités ont coutume de se roidir contre la loi qui les exclut et de lutter contre elle par des voies détournées. Les déguisements de contrat sont l'une de leurs armes les plus fréquentes.

Supposons donc que les parties appellent du nom de vente l'acte par lequel on donne un objet à une personne ; la loi lève ce voile trompeur ; elle voit qu'on n'a pris la couleur de la vente, que parce qu'on pouvait vendre à tel individu incapable de recevoir par donation, et elle annule comme disposition à titre gratuit cette œuvre de simulation.

727. Ces déguisements de contrat sont une vieille tactique. En fait de fraude, qu'y a-t-il de nouveau ? Mais on a toujours su les atteindre.

Plusieurs textes du droit romain décident que les donations, déguisées sous le titre de vente, d'échange, de société, de louage, d'obligation, sont révoquées comme telles, si elles sont faites à des personnes à qui la loi interdit de les recevoir (3). Le Code Napoléon ne pouvait s'empê-

(1) M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 608.

(2) Virgile, *Bucol.*, égl. 2.

(3) L. 32, §§ 24 et 25, D. *De donat. inter vir. et uxor.* (*Pand.*, t. II, p. 52, n° 75). L. 52, *eod. tit.* (*Pand.*, t. I, p. 533, n° 6). L. 46, D., *Loc. cond.* (*Pand*, t. I. p. 533, n° 6). L. 2, § 1. L. 36, 37, 38, D., *De*

cher d'adopter des dispositions aussi sages ; c'est à quoi il a pourvu par l'art. 911.

728. Les reconnaissances de dettes jouent un grande rôle parmi les contrats déguisés. Quand il est prouvé qu'elles n'ont d'autre cause que la volonté d'avantager un incapable, on les traite comme si elles fussent de vraies libéralités directement faites (1). Mais c'est à celui qui les signale comme suspectes, à prouver qu'elles n'ont qu'une vaine apparence. Par exemple, si le testateur, au lit de mort, se reconnaissait débiteur de son médecin, et qu'il fût prouvé que le médecin n'a rien prêté, et que cette prétendue obligation a été une complaisance du malade pour avantager celui que la loi en déclarait incapable, la libéralité s'écroulerait, quel que fût le nom qui lui aurait été donné : car le nom ne faisant pas la chose, c'est à la volonté des parties, et non pas à la dénomination qu'il faut s'arrêter (2).

729. Nous avons dit que c'est au demandeur en nullité

cont. empt. L. 16, D., *De reg. jur.* L. 3, C., *De cont. empt.* L. 9, C. *eod. tit.* (*Pand.*, t. I, p. 401, nos 23, 24, 25).

(1) Voët parle en ces termes des reconnaissances de dettes faites par le testateurs dans son testament : « *Præcipue vero confessionis, in mortis arti-* » *culo, vel testamento factæ, non leves ut plurimum effectus sunt..... Si* » *testamento asseruerit jurato, se debere aliquid, præstandum illuderit et* » *scripturæ credendum* (l. 37, § 5, *De leg.*, 3°). *Quod si simpliciter in testa-* » *mento, sine jurejurando, se debere professus sit, ex eo quidem solo pro de-* » *bitore habendo non est, sed tamen, si non error probetur, tanquam fidei-* » *commissum sustinetur quod ita confessus est* (l. 93, § 1, *De leg.*, 3°)..... » *Atque hinc est, quod, si testator confiteatur debita in fraudem legitimæ,* » *vel in gratiam incapacis personæ, hæredes ex eâ confessione haudquaquam* » *obligentur.* » (L. 37, § 6, *De leg.*, 3°). Liv. 42, t. II, n° 9, et Pothier *Pand.*, t. II, p 274, n° 28. Voy. *infra*, nos 1793 et 2054.

(2) Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 757. M. Toullier, t. V, n° 84. M. Grenier, t. I, no 134. Proudhon, *Usufruit*, t. V, n° 2363. M. Coin-Delisle sur l'art. 911, n° 7.

qu'incombe le fardeau de la preuve. M. Delvincourt l'a nié (1): il a prétendu que, par cela seul qu'il s'agissait d'un incapable, le contrat à titre onéreux passé avec lui portait dans son sein la preuve de la simulation. Mais rien n'est plus faux que cette doctrine, qui n'a trouvé, du reste, aucun partisan. On peut être incapable de libéralité, alors qu'on est capable de tous les contrats onéreux. Pourquoi donc un contrat de cette dernière espèce serait-il repoussé de plein droit? Et puis, n'est-ce pas un principe que la fraude ne se suppose pas?

730. Quant aux donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, qui sont faites à des personnes capables de recevoir, il est aujourd'hui reconnu qu'elles sont valables, parce qu'il est permis de faire indirectement ce que l'on peut faire directement (2).

ARTICLE 912.

On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français (3).

SOMMAIRE.

731. Renvoi.
732. De l'incapacité des étrangers à Rome. — Du droit d'aubaine en France.
733. Du système de réciprocité admis par le Code Napoléon.
734. Situation politique qui pouvait alors justifier ce système. — Loi du 14 juillet 1819 qui l'abroge.

(1) T. 3, p. 63, note 1.
(2) Voy. *infra*, n° 1105.
(3) V. mon comm. de l'art. 2128 du Code Napoléon.

735. Question qui se présentait avant cette abrogation.

736. La capacité personnelle du légataire étranger se juge par les lois de son pays; mais les jugements rendus en pays étranger n'auraient aucune influence pour le frapper d'incapacité.

COMMENTAIRE.

731. Je n'entrerai pas dans les détails historiques dont l'art. 912 serait susceptible. Ils se rattachent bien mieux aux commentaires de l'art. 11 du Code Napoléon.

Je me bornerai à de courtes observations.

732. D'après le droit romain, on ne pouvait instituer pour héritier qu'un citoyen. Quant aux *peregrini* et aux aubains, ils étaient incapables (1), de même que les esclaves, les déportés, les ennemis. Sans le droit de cité, on n'était capable d'aucune institution, ni d'aucune libéralité particulière (2).

Dans l'ancien régime, le droit d'aubaine avait pour conséquence l'incapacité des étrangers de recevoir par testanent et par donation à cause de mort (3). Mais l'étranger pouvait recevoir par donation entre-vifs (4); de là la maxime : *Liber vivit. Servus moritur* (5).

733. Le Code Napoléon avait cru devoir admettre un système de réciprocité, dont le principe est dans l'art. 11, et dont nous voyons ici une conséquence remarquable. L'assemblée constituante avait aboli le droit d'aubaine et ouvert la France aux étrangers (6). Mais l'Europe n'avait pas répondu à cet appel; elle avait continué à se renfermer, à notre égard, dans les rigueurs du droit d'aubaine, auxiliaire na-

(1) L. 6, § *Solemus*, D., *De hæred instit.* L. 1, C. *de hæred. instit.*
(2) Furgole, VI, 2, 10. Doneau, VI, *Comm.*, c. 17, n° 12.
(3) Furgole, VI, 2, 10. Bacquet, 26, 5. Ferrières *sur Paris*, art. 292.
(4) Loisel, 1 51, Châlons, art. 16.
(5) Delaurière *sur Loisel*, *ibid.*
(6) Décret du 8 avril 1791.

turel de la défiance qu'inspiraient les écarts de la révolution. Le Code Napoléon crut nécessaire, dès lors, de mettre fin à une fausse générosité; il fit un pas en arrière, et n'accorda à l'étranger que ce que l'étranger accordait aux Français. A partir de ce jour, l'étranger ne fut capable de recevoir en France, soit par testament, soit même par donation, qu'autant que les traités auraient accordé un droit réciproque égal aux Français dans le pays auquel cet étranger appartenait. On voit que le testament et la donation furent mis sur la même ligne (1). Sous ce rapport, il y avait aggravation de l'ancien droit.

734. Cette réciprocité était une pensée sage dans un moment où la France vivait mal avec l'Europe, et où l'étranger n'était pas toujours pour nous un approbateur et un ami. Il eût été imprudent de laisser à des étrangers, dont les sentiments pouvaient être si douteux, la liberté indéfinie de recueillir en France des richesses, qu'ils auraient ensuite transportées dans leur pays, aux dépens de notre richesse nationale.

Mais la réciprocité cessa de répondre aux intérêts français, lorsque le gouvernement pacifique de la restauration eut opéré une trêve entre la France et l'Europe. Le séjour de notre pays appela de nombreux étrangers charmés d'un climat heureux, d'une civilisation élégante, d'une vie facile. Il fut d'une bonne politique de les y retenir, en ajoutant des lois équitables aux séductions naturelles de la France.

La loi du 14 juillet 1819 opéra cette amélioration. Elle est ainsi conçue :

« Art. 1er. Les art. 726 et 912 du Code Napoléon sont » abrogés. En conséquence, les étrangers auront le droit » de succéder, de disposer, de recevoir, de la même ma-

(1) Art. 11, 25 et 912 combinés.

» nière que les Français, dans toute l'étendue du royau-
» me. (1). »

735. Cette belle loi nous dispense d'examiner plusieurs questions, dont le droit civil était embarrassé, avant qu'elle n'élargît la sphère des rapports internationaux (2).

On demandait, par exemple, si la réciprocité, dont parle l'art. 912, était une réciprocité résultant positivement des traités, ou bien si, dans l'absence de tout traité, il suffisait que le Français pût être gratifié en pays étranger, d'après la loi civile de ce pays, pour que le Français pût gratifier l'étranger appartenant à ce pays (3). Un arrêt de la cour de Bordeaux du 26 janvier 1829, rendu sous la présidence du regrettable M. Ravez, premier président, a décidé que l'art. 912 ne demandait pas l'existence d'un traité ; qu'en cela il se distinguait des art. 11 et 726 du Code Napoléon ; que la loi anglaise permettant à un Anglais de disposer de toute sa fortune mobilière au profit d'un Français, le Français pouvait, par réciprocité, instituer un Anglais dans tout son patrimoine mobilier (4).

736. Quant à la capacité personnelle du légataire étranger, elle se juge par les lois de son pays. Car le statut personnel suit la personne partout où elle va.

N'étendons pas cependant cette règle aux incapacités résultant de condamnations, que des jugements, rendus en pays étranger, auraient fait peser sur le légataire. L'autorité des jugements ne sort pas des limites du territoire ; elle expire là où expire la souveraineté (5).

(1) M. Merlin, répert., t. XVI, v° *Héritier*,

(2) M. Grenier, t. I, n° 114.

(3) M. Grenier, t. I, no 115.

(4) *Gazette des Tribunaux* du 5 mars 1829. Le recueil de M. Devilleneuve a tronqué cet arrêt (Devill., 9, 2, 195).

(5) M. Merlin, Répert., v° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 2.

CHAPITRE III.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE, ET DE LA RÉDUCTION.

SECTION I.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE.

ARTICLE 913.

Les libéralités, soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il en laisse deux; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

SOMMAIRE.

737. Le principe d'une réserve au profit de certains proches parents a sa source dans le droit naturel, et le Code l'a sagement organisé.
738. Des mots *légitime* et *réserve*. — La réserve est un domaine indisponible à titre gratuit.
739. Réflexions préliminaires, — Du droit de disposer à titre gratuit en droit romain. — Du testament inofficieux et du testament inutile.
740. Modification introduite par Justinien. — De l'exhérédation.
741. La légitime des enfants fut considérée par Justinien, non comme une portion de l'hérédité, mais comme une prélibation de l'hérédité.
742. La légitime était proportionnée au nombre des enfants.
743. Légitime des ascendants en droit romain.
744. En règle générale, il n'existait point à Rome de légitime en faveur de la ligne collatérale.

745. Les pays de droit écrit adoptèrent le dernier état de la jurisprudence romaine.

746. Dans les pays coutumiers, au contraire, la légitime était ce qui formait l'hérédité du défunt, et la portion disponible n'était qu'une déduction de la succession, envisagée sous un point de vue différent.

747. Raison de cette différence entre le droit coutumier et le droit romain. — Du chiffre plus ou moins élevé de la réserve suivant les coutumes.

748. Du droit d'exhérédation.

749. Les ascendants n'avaient point de légitime en pays coutumier.

750. La plupart des coutumes, au contaire, admettaient des réserves pour les collatéraux. — Motif de ces réserves.

751. Mais ce n'était qu'à l'égard des dispositions à cause de mort que les propres étaient protégés par les réserves coutumières.

752. Lois de la Révolution sur le droit de disposer des pères de famille. — Abolition de l'exhérédation. — Autres dispositions portant un caractère d'exagération. — Loi du 7 nivôse an II.

753. Loi du 4 germinal an VIII.

754. Idée mère de cette loi.

755. Discussion au conseil d'État. — Rapport de la proposition de la section de législation, par M. Bigot de Préameneu.

756. L'opinion de Mirabeau sur la nature du droit de tester est reproduite devant le conseil d'État. — Erreur de M. Tronchet et réponse de M. Portalis.

757. Il faut repousser la distinction qui tend à considérer la légitime comme de droit naturel, et la quotité comme de pur droit civil.

758. Divergence des avis au conseil d'État sur la fixation de la quotité disponible. — Les uns veulent étendre sur ce point le pouvoir du père de famille.

759. Les autres veulent le restreindre.

760. Vues élevées du premier consul en cette matière.

761. Le consul Cambacérès fait adopter un amendement qui devient l'art. 913 du Code. — Justification de la gradation introduite par cet amendement, conformément au système du droit romain.

762. Quant à la fixation de la légitime des père et mère, elle fut réglée sans difficulté dans l'art. 915.

763. Débats sérieux sur la légitime des frères et sœurs. — Les observations du Tribunat ramènent le conseil d'État à laisser sur ce point toute liberté à la faculté de disposer.

764. De la réserve au profit de la veuve en droit romain.

765. Erreur de M. Treilhard au sujet de la réserve de l'époux survivant sous le Code.

766. La réserve est considérée comme une dette dans notre droit actuel.

767. La réserve légale forme seule l'hérédité. — Maxime de Dumoulin appliquée par le Code.

768. Dans le droit coutumier, la légitime était *portio portionis*. — Sous le Code, elle est *portio hæreditatis*. — Renvoi.

769. Pourquoi l'art. 913 s'occupe d'abord de régler la réserve attribuée aux enfants.

770. Diverses espèces d'enfants, entre lesquels il faut distinguer pour supputer la quotité disponible.

771. Des enfants naturels.

772. Suite.

773. Suite.

774. Suite. — 1re *hypothèse* : — *Quid* dans le cas où le père laisse un fils naturel et un légataire universel sans autre famille ?

775. 2e *hypothèse*. — *Quid* si le défunt laisse des frères, un enfant naturel et un légataire universel étranger?

776. Suite de la 2e hypothèse.

777. 3e *hypothèse*. — *Quid* si le défunt laisse ses père et mère, un enfant naturel et un légataire universel?

778. 4e *hypothèse*. — *Quid* dans le cas de concours d'un enfant naturel avec un enfant légitime et un légataire universel?

779. 5e *hypothèse*. — *Quid* dans le cas de concours d'un enfant naturel avec trois enfants légitimes et un légataire universel? — Réfutation de la solution donnée sur ce point par MM. Grenier et Toullier.

780. Faculté donnée au père de réduire de son vivant le droit de l'enfant naturel.

781. Des enfants adoptifs.

782. L'enfant absent au jour du décès du père ou de la mère doit-il faire nombre pour la computation des réserves?

783. *Quid* de l'enfant légitimé par mariage subséquent?

784. Les enfants renonçants font nombre pour déterminer la quotité disponible et la réserve.

785. A qui doit profiter la part des enfants renonçants?

786. L'enfant qui renonce à la succession de son père, pour s'en tenir au don qui lui a été fait par celui-ci, ne peut-il retenir que la quotité disponible fixée par l'art. 913, ou bien peut-il retenir cette quotité et de plus la réserve?

787. Suite.

788. Suite.

789. Suite.

790. Suite.

791. Suite.

792. Suite.

793. Suite.

794. L'enfant mort civilement doit-il faire nombre pour la supputation de la quotité disponible?

795. L'indigne ne doit-il pas faire nombre?

796. *Quid* si l'indignité a été déclarée du vivant du testateur?

COMMENTAIRE.

737. Lorsque le père de famille laisse des ascendants et des enfants, il est une loi naturelle qui ne lui permet pas d'épuiser en libéralités arbitraires la totalité de son patrimoine. La raison, l'affection, l'intérêt de famille élèvent la voix pour qu'il assure à ses auteurs et à ses enfants une part raisonnable de ses biens. Maître de disposer de toute sa fortune lorsqu'il est sans ascendants et sans enfants, il n'est pas aussi libre quand il en laisse à sa survivance. La souveraineté du propriétaire est limitée par sa dette envers ses enfants et les auteurs de ses jours (1). Il y a un beau texte du jurisconsulte

(1) *Supra*, nos 19, 28.

Paul pour poser le droit des enfants sur la base immuable du droit naturel : « *Cum ratio naturalis*, QUASI LEX QUÆDAM » TACITA, *liberis parentum hæreditatem addiceret, velut ad* » *debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure* » *civili, suorum hæredum nomen eis indictum est* (1). » Un autre texte de Papinien, non moins éloquent, donne au droit des ascendants le fondement de la piété filiale (2).

Ce principe d'une réserve a été sagement posé et raisonnablement organisé par le Code Napoléon. Le législateur avait devant lui le conflit de la loi romaine et du droit coutumier, la théorie égalitaire de la loi du 17 nivôse an II, la théorie plus raisonnable de la loi du 26 germinal an VIII. Repoussant les exagérations, il a admis les règles les plus sages, perfectionné leur application et concilié le droit des pères et celui des héritiers privilégiés dont nous venons de parler.

738. Cette portion, que la loi leur assure, était appelée autrefois légitime (3). Le Code Napoléon lui donne le nom de réserve. Ce dernier mot est emprunté au droit coutumier, qui désignait par là la portion que les coutumes assuraient aux héritiers de côté et ligne, afin de conserver dans les familles les propres (4) ou biens hérités. Ces réserves, appelées coutumières et fondées sur certaines exigences du droit positif, étaient distinguées de la légitime qui était due par la nature (5). Le Code a retenu le mot générique de réserve (6) plutôt que le mot de légitime, sans qu'on en puisse donner

(1) L. 7, D., *De bonis damnat.*

(2) L. 15, D., *De inoffic. testam.* (quæst. 14.)

(3) Orléans, 274. L. 28, C., *De inoffic. testam.* L. 30 et 31, C., *eod.*

(4) Lebrun, liv. 2, ch. 4, *Des réserves coutumières.* M. Bigot, dans Fenet, t. XII, t. XII, p. 251. Paris, 280. Orléans, 292. *Infra*, no 740.

(5) Lebrun, *loc. cit.* Merlinus, 1. 1, 6, *Quoddam naturale debitum.*

(6) Art. 915, 917, 921.

une bonne raison. Le mot légitime se trouvait dans les rédactions primitives (1); on le rencontre souvent dans les discussions. S'il a disparu lors de la rédaction définitive, c'est par suite de ces hasards de langage dont il ne faut pas se préoccuper. Il est singulier cependant que le Code, qui conservait le droit à une légitime, ait supprimé le mot et que, supprimant les réserves coutumières, il en ait conservé le nom (2).

Quoi qu'il en soit, la réserve forme, entre les mains du père de famille, un domaine indisponible à titre gratuit (3), par opposition à la portion disponible dont il a la libre disposition. Ce domaine, inaliénable à titre gratuit (4), a été comparé quelquefois aux choses sacrées (5); comparaison, qui a du vrai, autant que les choses du droit civil peuvent être comparées aux choses du droit public.

739. Pour bien pénétrer dans l'esprit du Code Napoléon, il est indispensable de parcourir les antécédents de cette partie de notre droit. Ce tableau, quelque rapide qu'il soit, jettera un grand jour sur des dispositions encore différemment interprétées.

D'après les rigueurs du droit romain primitif, le pouvoir des pères sur leurs enfants était excessif. «*Jus autem potestatis,* » *quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum.* » *Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant* » *potestatem, qualem nos habemus* (6). » Maître de faire mourir et de vendre ses enfants, le père de famille pouvait, par conséquent, les déshériter sans cause, et la loi des Douze

(1) Fenet, t. XII, p. 299.
(2) M. Ginouilhac, *Revue étrang.*, 1846, t. III,, p. 444, 445.
(3) Lebrun, 2, 3, 12, n° 10.
(4) Id., *eod.*
(5) Id., n° 10.
(6) Instit. de Justinien, *De patria potest.*

Tables lui en reconnaissait formellement le droit. C'était le despotisme organisé dans la famille : despotisme inexorable et inflexible qui allait bien au caractère atroce d'un Brutus, bourreau de ses enfants.

Par la suite, la rigueur du pouvoir paternel se relâcha : d'un pouvoir tyrannique et cruel qu'il était auparavant, il devint un pouvoir d'affection (1) ; des mœurs plus douces firent sentir qu'il était contraire aux sentiments de la nature de priver les enfants, sans juste cause, d'une portion du patrimoine paternel propre à assurer leur existence (2). On permit donc aux enfants qui avaient été prétérits ou oubliés dans le testament de leur père, et à ceux qui avaient été injustement exhérédés, de se pourvoir contre ce testament par une action qu'on appela admirablement *plainte d'inofficiosité* (3). On considéra que, dans ce cas, le testament était inutile, et que le père, qui avait disposé de ses biens sans songer à ses enfants, n'avait pas joui d'une raison suffisante ; on appela l'action donnée aux enfants *querelle* ou *plainte d'inofficiosité*, comme pour faire connaître que le testateur avait oublié les devoirs de la nature, et qu'une sorte de fureur l'avait irrité contre son propre sang (4). Il fut donc absolument nécessaire à un testateur d'instituer ses enfants ou de les exhéréder pour une juste cause. « *Prospicere lex voluit liberis*, dit Vinnius, *nec*

(1) L. 5, D., *De leg. Pomp. de parricidio*. L. 1, § 2, D., *De his qui sui vel alien*. L. 1, C., *De patribus qui filio*.

(2) Voy. le beau texte de Paul, L. 7, *De bonis damnat.*

(3) On est fort en peine de savoir quel a été le premier auteur de la loi sur l'inofficiosité (voy. Cujas, *Observ.*, lib. 3, ch. 7; Ricard, *Des donat.*, nos 837 et suiv.). Il est probable que ce fut la jurisprudence qui l'introduisit et qui fit considérer le testateur comme *mente captus*. Déjà, du temps de Cicéron, ce droit était en vigueur. *De orat.*, 1, 38, 57 ; *In Verrem*, 1, 42. *Val. Max.*, VII, 7, 1.

(4) L. 2, D., *De inoffic. testam.* Instit., *De inoffic. testam.* Paul, *Sent.* 3, 5, 1.

» *distinxit inter sexum, aut gradum, inter suos, aut emanci-*
» *patos, eosve qui nunquam in potestate fuerunt, inter natos,*
» *aut nascituros, modo in suo ordine nemo eos gradu superet.*
» *Quod his a lege tribuitur, est, ut aut instituantur, aut juste*
» *exhæredentur* (1).

Pour la validité de l'institution, il ne suffisait pas que le fils reçût sa portion à un titre quelconque, comme de donation, de legs, de fidéicommis (2) ; il fallait qu'il la reçût au titre honorable d'institution. A la vérité, d'après le droit ancien, celui qui avait reçu sa quarte à quelque titre que ce fût, était exclu de la querelle d'inofficiosité. Mais cela fut corrigé par Justinien (3), qui exigea formellement que l'enfant fût institué.

Lorsque le père voulait s'armer de l'arme terrible de l'exhérédation, il devait exhéréder nommément (*nominatim*) ceux qui avaient encouru sa disgrâce ; il devait faire connaître ses motifs. Avant Justinien, les causes d'exhérédation n'étaient pas précisées. Elles dépendaient *ex arbitrio boni viri* (4).

Si le testateur s'appuyait sur d'injustes causes, ou s'il passait ses enfants sous silence, son testament était inutile ; *irritum.*

740. Justininien apporta quelques modifications à tout ceci (5). D'abord il ne voulut pas que le testament fût déclaré nul, lorsque le père n'avait pas laissé la légitime entière aux enfants. Il réserva seulement aux enfants une action en supplément de légitime, qui ne donnait aucune atteinte au tes-

(1) *Partit. juris*, 1, 35.
(2) Doneau, VI, *Comm.* 12, 2.
(3) Novelle, 12, 3, 5.
(4) Vinnius, *loc. cit.*, 1, 35.
(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 182, nos 10, 11, 12 et suiv.

tament (1). Ce n'est pas tout : autrefois l'exhérédation injuste annulait le testament en entier. L'empereur voulut qu'il n'y eût que l'institution de nulle, et que les legs conservassent toute leur force. De plus, il fit des additions notables au droit qui avait précedé : 1° en ordonnant que la légitime serait laissée aux enfants franche, quitte et exempte de toutes charges, termes ou conditions; 2° en réglant, par la novelle 115, les justes causes qui pouvaient rendre l'exhérédation légitime (2).

741. Les enfants eurent donc une portion assurée dans les biens de leur père. Elle leur était due par le seul effet de la loi, non en qualité d'héritiers, mais en qualité d'enfants, en vertu d'une sorte de créance (*debitum bonorum subsidium*) (3). De sorte que la légitime était considérée, non comme une portion de l'hérédité, mais comme une prélibation de l'hérédité, détachée de plein droit des biens du testateur, pour être attribuée aux légitimaires, même contre sa volonté (4).

(1) *Infra*, n° 876.

(2) On les a détaillées dans les vers suivants :

Filius exhæres esto : 1° si verbere patrem
Læserit ; 2° Aut verbis si violentus erit ;
3° Criminis accuset si coram plebe parentem ;
4° Misceat aut turpi dira venena manu ;
5° Divitiis dederit si damnum grande parentis ;
6° Nec curam haud sana mente parentis agat ;
7° Inter colluviem si gaudeat ire malorum ;
8° Aut patrium vetito scandat amore torum ;
9° Si pro patre fidem non interponat ; 10° Eumdem
A truce nec variis liberet hoste modis ;
11° Si vetet auctorem testari sanguinis ; 12° Adsit
Si levibus mimis, quos vel arena juvat ;
13° A sanctis veterum si degeneraverit aris ;
14° Filia, si quæstum corpore spreta facit.
(Hilliger sur Doneau, lib. 6, cap. 12, note 12.)

(3) L. 5, C., *De inoff. donat.*

(4) Novelle 18, ch. 3. Furgole, X, 2, 39. Merlinus, 1, 1, 2.

742. La novelle 18 (1) régla la légitime des enfants suivant leur nombre. S'il y avait quatre enfants ou au-dessous, ils devaient avoir à eux seuls le tiers des biens du père ; s'il y avait plus de quatre enfants, leur légitime était la moitié des biens du père à partager entre eux (2). Le père avait la libre disposition des biens formant le surplus de ce qui était attribué aux enfants; il pouvait transmettre ce surplus à qui bon lui semblait, et c'était cette quotité disponible qui formait la succession (3).

N'oublions pas de dire, du reste, qu'avant Justinien, la part réservée était de ce que les enfants auraient eu *ab intestat* (4). Ce quart est appelé *falcidie* dans quelques textes du code Théodosien (5) et du code Justinien (6); plus souvent *portio legitima* (7). Quelle fut la loi qui régla cette portion légitime? On l'ignore; Cujas suppose que ce fut une loi Gliscia dont Caïus a donné le commentaire (8). Mais ce n'est là qu'une ingénieuse conjecture.

Quoi qu'il en soit, on voit que Justinien changea ce système d'une quarte uniformément donnée dans tous les cas. Par un progrès favorable aux enfants, il gradua la légitime sur leur nombre et la porta à un taux plus élevé. On reconnaît ici la salutaire influence des idées du christianisme.

D'un autre côté, le système de Justinien eut ce résultat remarquable que la légitime ne fut plus, comme auparavant, une assignation personnelle réglée sur la part que chaque enfant aurait eue *ab intestat*, mais une quote des biens pris

(1) Ch. 1.
(2) *Infra*, n° 760.
(3) *Vide* Doneau, VI, 2, 12. Vinnius, son abréviateur, *Partit. juris*, 1, 35.
(4) Instit., *De inoffic. testam.* § 3, L. 8, § 8, D., *De inoffic. testam.*
(5) 16, 7, 28.
(6) L. 5, § 3, C. *Ad. legem Juliam majest.* (Arcad. et Honor.).
(7) L. 28, D., *De inoffic. testam.* L. 30, 31, C., *cod.*
(8) L. 4, D., *De inoffic. testam.*

collectivement et en masse : *non portio portionis, sed quota bonorum;* ce qui était fort différent. Car dans le système de Justinien, la part des renonçants accroissait aux autres enfants, tandis que, dans le système précédent, elle accroissait à l'héritier institué (1).

743. Si les pères ont des devoirs à remplir envers leurs enfants, une juste réciprocité, fondée sur les lois immuables de la nature, oblige les enfants à donner aux auteurs de leurs jours l'appui et l'assistance affectueuse dont ils peuvent avoir besoin. « *Turbato ordine mortalitatis, pietas, et commiseratio* » *idem officium liberis erga parentes injungit. Proinde et pa-* » *rentes a liberis instituendi sunt, aut nominatim exhæredandi.* » Ainsi s'exprime Vinnius (2). Il est vrai de dire, cependant, que cette obligation est moins étendue, sous le rapport de l'ordre social, que celle des pères et mères. La raison en est que le sort de ces ascendants est plus indépendant de la fortune de leurs enfants, que l'état des enfants ne l'est de la portion qu'ils obtiendront dans les biens de leurs père et mère. Mais comme ce devoir des enfants n'en est pas moins fondé, en principe, sur un ordre d'affections puissantes, les lois romaines, et notamment la novelle 115, ch. 4, avaient exigé que le fils de famille, qui décéderait sans enfants et qui laisserait son père, sa mère, ou à leur défaut, d'autres ascendants, serait obligé, pour la validité de son testament, de les instituer héritiers, et ne pourrait les déshériter que pour huit causes déterminées (3). Les ascendants avaient donc droit à

(1) Furgole, VIII, 2, 144, 148. *Infra,* n° 776.
(2) *Partit. juris,* 1, 36. Voy. Doneau, VI, 14.
(3) Contenues dans les vers suivants :

1° Si capitis natum pater accusaverit ; 2° Ejus
Aut vitæ insidias clamve palamve struat ;
3° Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
Prodere; 4° Nec veritus sit temerare nurum;

une légitime, et cette légitime était du tiers des biens composant la succession (1). Ils la recevaient non comme héritiers, mais comme ascendants ; et s'ils ne prenaient purement et simplement que leur légitime, ils n'étaient pas censés héritiers.

744. Quant aux frères et sœurs et autres collatéraux, les lois romaines ne leur accordaient pas de légitime (2). Il n'y avait qu'une exception à ce principe : c'est lorsqu'un frère instituait une personne infâme; son autre frère avait alors une légitime sur sa succession, et encore y avait-il quatre causes qui pouvaient exclure, même dans ce cas, le frère prétérit : 1° l'ingratitude, que l'institué pouvait lui opposer ; 2° si l'institué était un esclave héritier nécessaire; 3° si le frère prétérit était lui-même infâme, comme l'institué ; 4° s'il avait reçu à tout autre titre la portion légitime (3). Mais ce cas était unique, et dans tous les autres, il ne fut jamais question, chez les Romains, d'établir une légitime en ligne collatérale.

745. C'est le dernier état de la jurisprudence romaine qui faisait loi dans les pays de droit écrit, tant à l'égard des ascendants, que des descendants et collatéraux. Le pouvoir du testateur y était borné à la disponibilité d'une certaine quotité de ses biens, l'autre partie se trouvant naturellement dévolue *ipso jure*, et même malgré toute volonté contraire du testateur, à certaines personnes que les droits du sang ren-

5° Si pater et genitrix sibi fata scelesta minentur;
6° Fulcra nec ad nati clausa furentis eant;
7° Filius auxilio si non patris hostica linquit
Limina; 8° Si genitor numen inane colat.

(Hilliger sur Doneau, lib. 6, cap. 14, note 3.
Junge, Furgole, VIII, 2.)

(1) *Infra*, no 786.
(2) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 190, *De inoffic. testam.*
(3) Voy. Doneau, VI, 15, Vinnius. *Partit. juris*, 1, 36.

daient privilégiées. Les donations inofficieuses, qui ne laissaient pas la légitime intacte, pouvaient être réduites comme les institutions inofficieuses, et l'on pourvoyait, par l'action en réduction, à ce que le disposant ne pût, par des dispositions gratuites, porter atteinte à cette portion sacrée que la nature réservait aux légitimaires. Mais cette action en réduction ne fut jamais étendue aux aliénations à titre onéreux ni par les lois romaines, ni par la jurisprudence des pays de droit écrit (1). On en comprend la raison. En appliquant aux libéralités inofficieuses l'action en réduction, on se renfermait dans la maxime si juste : *Nemo liberalis nisi liberatus*. Mais l'existence d'une dette n'empêche pas le commerce de la vie et l'échange et la vente des biens ; sans quoi les affaires seraient paralysées.

746. Dans les pays coutumiers, les légitimes, bien qu'issues du droit écrit, et reçues de bonne heure par une sorte d'imitation de la querelle d'inofficiosité (2), étaient envisagées sous un point de vue autre que dans le droit romain. Car la légitime y était ce qui formait l'hérédité du défunt. Quant à la portion disponible, ce n'était qu'une déduction de la succession; en sorte qu'on y tenait pour maxime constante, que nul ne pouvait réclamer la légitime, sans être héritier : *Non habet legitimam nisi qui hæres est* (3). Plusieurs coutumes avaient sur ce point des textes positifs (4).

747. Cette différence dans la manière de considérer la ré-

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 198, n° 54. Voët, 5, 2, 51.

(2) Beaumanoir, ch. 12.

(3) Voy. là-dessus Dumoulin, cité *Infra*, n° 759. Une dissertation de Lebrun, *Successions*, 2, 3, 1, 9. Ricard, *Donations*, 3, 978. Pothier, *Donations*, 3, 5, 91. Coquille *sur Nivernais*, des *Donat.*, art. 7.

(4) Chartres, art. 82. Montargis, t. II, art. 10.

serve tenait aux principes différents sur le fondement des suc cessions (1).

Dans le droit romain, la volonté de l'homme faisait les héritiers. Le père pouvait, au commencement, exclure les enfants de sa succession, en choisissant ses héritiers. Plus tard, on ne voulut pas que le système des légitimes, qui s'introduisit, privât le père de famille du droit de se choisir un héritier. On considéra donc comme unique successeur celui qui était institué dans la portion disponible. L'enfant fut tout simplement considéré comme créancier de la succession pour sa légitime.

Dans les coutumes, au contraire, c'était la loi qui faisait les héritiers, et non la volonté de l'homme. Les institutions d'héritier n'étaient considérées que comme des legs, valables jusqu'à concurrence de la portion disponible. L'héritier du sang était saisi par la loi. Les légataires, les institués devaient lui demander la délivrance. La réserve était donc réellement une portion de l'hérédité, à laquelle on n'avait droit qu'en qualité d'héritier, et l'action en réduction des dons excessifs était une sorte d'action en pétition d'hérédité.

La réserve due aux enfants variait suivant les coutumes : car il y a beaucoup d'arbitraire dans la fixation de ce droit. S'il repose sur la nature dans son principe, il est abandonné à la sage appréciation du législateur quant à sa quotité. Dumoulin, qui écrivait avant la réformation de la coutume de Paris, atteste la variété des usages locaux à cet égard, et renvoie à leur observation (2). Assez généralement on suivait, faute d'autre règle, la novelle 18.

Plus tard, on arriva à plus de précision. Dans la plupart des coutumes, la réserve était la moitié de la part et portion

(1) M. Toullier, 5, 107.
(2) *Sur Paris*, art. 93, n° 5.

que chaque enfant eût eue dans la succession de son père et de sa mère, s'ils fussent décédés *ab intestat*.

Telle était la disposition de la coutume de Paris (1) qui formait le droit commun du royaume (2). Elle n'avait pas adopté l'échelle graduée suivant le nombre des enfants, ainsi que le faisait le droit romain. Elle faisait une légitime uniforme, qui, imitant ce qui ce serait fait si le père n'eût pas disposé, était plus forte quand il y avait peu d'enfants, et moins forte quand il y en avait beaucoup (3). Cette fixation à la moitié partait d'une base équitable. On donnait la moitié au droit de propriété, la moitié à la piété filiale (4) ; la moitié aux pères, la moitié aux enfants. C'était une association des enfants pour moitié dans le patrimoine de la famille.

Dans d'autres, comme celle de Bourgogne, la réserve était le tiers de tous les biens sans distinction à partager entre tous les enfants ; à Tours, le père ne pouvait disposer que de ses meubles et de la moitié de l'usufruit de ses acquêts ; le reste était dévolu aux enfants à titre de légitime. Enfin, dans beaucoup de coutumes, la légitime n'était point réglée ; on suivait alors le droit écrit, ou bien la coutume de Paris, dans les coutumes qui n'avaient point de relation au droit écrit (5).

748. Ajoutons que, dans les pays de coutume comme dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle était armée du pouvoir d'exhéréder pour certaines causes déterminées (6), et que le fils pouvait être privé même de sa ré-

(1) Art. 298. *Junge* Orléans, 274.

(2) Lebrun, *Successions*, 2, 3, 3, 5 et suiv. *Contra*, Ferrières, art. 298, nos 18 et suiv. Legrand *sur Troyes*, art. 95, Glos. 2, no 9.

(3) Lebrun, *loc. cit.*, no 10.

(4) M. Maleville (Fenet., t. XII, p. 309).

(5) Ricard, *Donat.*, 3, 86, nos 1013, 1014. Argou, t. I, p. 326.

(6) *Supra*, no 740. M. Merlin, Répert., vo *Exhérédation*, §§ 2 et 3.

serve par un acte de rigueur de son père ou de sa mère.

749. Les ascendants n'avaient droit à aucune légitime en pays coutumier : on y observait la maxime que les propres ne remontent pas. Quant aux meubles, acquêts et conquêts immeubles, les enfants pouvaient en disposer sans rien laisser à leurs ascendants. Les auteurs coutumiers ont cherché à donner la raison de cette législation extraordinaire; mais il n'est pas un seul de leurs motifs qui puisse soutenir un sérieux examen (1).

750. A l'égard des collatéraux, les coutumes avaient été plus favorables. Il n'y en avait presque pas où il n'y eût des réserves coutumières pour les collatéraux les plus éloignés. Comme on faisait, dans cette partie de la France, une distinction entre les propres et les acquêts, ces légitimes en collatérale avaient été établies pour ne pas faire sortir les propres des familles (2).

Le propriétaire ne pouvait, en général, disposer par testament que du quint de ses propres (3); les autres quints étaient frappés d'indisponibilité, comme si la terre propre, héritée, fût une propriété de la famille entière, comme si le propriétaire n'en fût qu'un dépositaire, un fidéicommissaire (4). Mais il faut noter que c'était seulement à l'héritier du côté et ligne d'où les propres procédaient, que la coutume conservait les quatre quints. S'il n'y avait pas d'héritier de la ligne, les propres étaient aussi disponibles que les acquêts (5).

On aperçoit que cette réserve procédait d'un tout autre principe que la légitime. Celle-ci était fondée sur le droit

(1) Furgole, *Test.*, VIII, 2. Argou, t. I, p. 325. Ricard, *Donat.*, nos 919 et suiv. Lebrun, *Success.*, 1, 5, 8, 28. Merlin, Répert., vo *Légitime*.

(2) *Supra*, no 728.

(3) Paris, art. 280. Orléans, 292.

(4) Voy. Lebrun, *Success.*, 2, 4. Merlin, Répert., vo *Réserves coutumières*.

(5) Pothier *sur Orléans*, t. XVI, no 53.

naturel et l'affection (1); celle-là sur un esprit de conservation, sur une nécessité politique (2). Aussi s'est-elle évanouie avec l'ordre politique auquel elle était liée, et la jurisprudence en est débarrassée, tandis que, au contraire, la légitime a été maintenue et fortifiée par le Code Napoléon.

751. Nous remarquerons, au surplus, sur ces réserves coutumières, qu'il y avait une importante distinction entre les donations entre-vifs et les testaments.

On pouvait disposer de tous ses biens quelconques par donation entre-vifs, comme on aurait pu le faire par aliénation à titre onéreux, sauf la légitime de droit. Les coutumes savaient que les donations étaient vues avec aversion; que d'ailleurs l'homme était peu enclin à se dépouiller irrévocablement de son vivant, et à se préférer un donataire. En respectant donc la faculté de donner, qui est une des conséquences de la propriété, elles s'en rapportèrent aux idées reçues, aux répugnances naturelles et même à l'égoïsme de l'homme, pour prévenir l'abus des générosités immodérées. En un mot, elles consacrèrent le droit, en prévoyant bien qu'on en ferait rarement usage.

C'est seulement à l'égard des testaments et autres dispositions à cause de mort, que les propres étaient protégés par les réserves coutumières. Les coutumes avaient compris avec sagesse que l'homme mourant et prêt à se détacher des choses d'ici-bas, est moins retenu par des intérêts personnels qui vont l'abandonner. Elles craignirent donc que le testateur ne fût trop généreux à l'égard de choses qu'il ne pouvait plus garder et qu'il ne dépouillât les héritiers du sang

(1) Chartres, art. 88. Dreux, art. 76.
(2) M. Grenier, t. IV, n° 552.

de ces héritages précieux qui avaient nature de propre, et dont la conservation importait à la famille (1).

752. Tel était, au moment de la révolution française, en 1789, le droit qui partageait la France. Quelles que fussent ses diversités, il avait cherché, tant dans la France coutumière que dans la France du droit écrit, à concilier l'autorité paternelle avec le droit des enfants. On pouvait certainement le perfectionner et l'uniformiser. C'était le vœu des esprits sages. Les extravagances égalitaires du règne de la Convention le renversèrent et portèrent en même temps au pouvoir domestique des pères la plus funeste atteinte. On ne se contenta pas de priver les pères du droit d'exhérédation, qui avait engendré quelques abus, et auquel la nature a de la peine à donner les mains (2). On alla plus loin, et la loi du 7 nivôse an II ne permit aucune disposition à l'égard des enfants, réduisant la quotité disponible au profit des étrangers : au sixième s'il n'y avait que des collatéraux, et au dixième s'il y avait des héritiers en ligne directe, des enfants ou des ascendants. « C'était, disait M. Tronchet, l'abus de » l'imagination échauffée par une théorie brillante de méta- » physique, la destruction de toute autorité paternelle, une » égalité injuste qui interdisait tout secours pour l'enfant » disgracié par la nature ou frappé par l'inconstance de la » fortune (3). » Ce jugement n'est pas trop sévère. Mais M. Tronchet n'avait pas médiocrement contribué à donner du crédit à cette thèse de métaphysique qui avait égaré les esprits (4), et c'est probablement par amour-propre d'auteur qu'il l'appelle brillante : elle n'est que sèche, égoïste, maté-

(1) Argou, t. I, p. 253. M. Toullier, t. V, n° 101.

(2) Loi du 7 mars 1793. Loi du 9 fructidor an II, art. 23. M. Merlin, Répert., v° *Exhérédation*, § 8.

(3) Discussion du C. Nap. (Fenet, t. XII, p. 305).

(4) *Supra*, n° 30.

rialiste, et insoutenable aux yeux du bon sens (1). N'est-ce pas lui qui, dans un langage moins éloquent que celui de Mirabeau, mais tout aussi contraire à l'histoire et à la raison, essaya de prouver à l'Assemblée constituante que la propriété, la succession, le testament, ne reposaient que sur une convention sociale (2)? N'est-ce pas lui qui, persévérant disciple de Rousseau, eut le courage de prétendre dans la discussion du Code Napoléon (3), comme l'avait fait jadis Robespierre, (4) « que le testament n'est pas une suite du » droit de propriété; que ce droit ne s'étend pas au delà de » la vie; qu'il ne peut produire le pouvoir de disposer pour » un temps où le propriétaire n'existera plus : que dès lors la » faculté de tester n'est qu'un bénéfice de la loi civile »? Et il s'étonne (ô inconséquence de l'esprit humain!) qu'une loi civile sorte de la main de législateurs audacieusement logiciens, pour neutraliser ou mutiler le droit de tester!

753. Lorsque le Consulat eut fait briller sur la France des jours meilleurs, une loi du 4 germinal an VIII vint donner une satisfaction à l'opinion publique et une réparation aux principes méconnus. Par la loi de l'an II, la famille était frappée au cœur; l'autorité paternelle était foulée aux pieds; le droit de propriété était violé et outragé. La loi de l'an VIII voulut rendre aux pères le droit de récompenser et de punir avec mesure, et de réparer entre enfants les inégalités de la nature, ou les rigueurs injustes de la fortune; elle voulut aussi que l'homme rentrât dans le droit d'exercer envers des étrangers des actes de reconnaissance et de bienfaisance, suite naturelle du droit de propriété. Elle rétablit donc la quotité disponible, et la régla de la manière suivante :

(1) *Supra*, nº 29.
(2) *Supra*, nº 30.
(3) Fenet, t. XII, p. 257.
(4) *Supra*, nº 29.

« Art. 1er. Toutes libéralités qui seront faites, soit par » actes entre-vifs, soit par actes de dernière volonté, dans » les formes légales, seront valables, lorsqu'elles n'excéde- » ront pas le quart des biens du disposant, s'il laisse à son » décès moins de quatre enfants; le cinquième, s'il laisse » quatre enfants; le sixième, s'il en laisse cinq; et ainsi de » suite, en comptant toujours, pour déterminer la portion » disponible, le nombre des enfants plus un.

» Art. 5. Les libéralités, autorisées par la présente loi, » pourront être faites au profit des enfants ou autres succes- » sibles du disposant, sans qu'elles soient sujettes à rap- » port. »

754. Cette loi, comme on le voit, abandonnait le système d'une légitime uniforme adoptée par les coutumes; elle donnait la préférence à une échelle graduée conformément au droit romain, mais en suivant d'autres proportions.

Voici comment on peut l'expliquer : quand la famille se compose de trois enfants et au-dessus, le père est censé former avec eux une société domestique, dans laquelle chacun a sa part virile. Trois enfants et le père composent une société de quatre personnes, dont chacune entre pour un quart dans la propriété. Le père pourra donc disposer du quart qui représente sa portion. S'il y a quatre enfants, la société se composera de cinq personnes, et le père aura un cinquième disponible. Cette progression suit une marche systématique au delà de quatre enfants.

Mais si la famille ne comprend qu'un ou deux enfants, le législateur recule devant la logique de son système. L'égalité individuelle et par tête entre le père et les enfants est abandonnée. L'enfant unique ou les deux enfants réunis ont la plus forte partie, et le père n'est censé avoir qu'un quart libre et disponible dans la propriété du patrimoine commun. Si le législateur eût conduit jusqu'au bout les conséquences

de son idée mère, il aurait craint d'armer le père d'un pouvoir trop étendu. Il a voulu ménager, en partie, les préjugés nés de la révolution, tout en les combattant au fond et sous les autres rapports (1).

755. Voilà quel était l'état des choses au moment de la confection du Code Napoléon. Le conseil d'État, auteur de la loi du 4 germinal an VIII (2), allait être appelé à reviser son propre ouvrage.

La section de législation étudia avec soin les combinaisons de cette loi, ainsi que les lois antérieures qui avaient gouverné la France; elle chargea M. Bigot de Préameneu de faire le rapport de ses propositions à la séance du conseil d'État du 30 janvier 1803 (3). Cette proposition était un abandon complet de la loi du 4 germinal an VIII. La section demandait de revenir au système d'une légitime uniforme, tiré des coutumes, en modifiant seulement la quotité.

Dans son rapport, M. Bigot de Préameneu établit trois points (4) :

1° Le droit des enfants à une légitime, d'après le droit naturel (5);

2° Le droit des ascendants à une légitime moindre, fondée sur le devoir filial (6);

3° Le droit des frères et des sœurs à une réserve, découlant de la nécessité d'ordre public de maintenir dans les familles des liens d'amitié, des causes de rapprochement, des rapports étroits (7); réserve portant du reste un carac-

(1) M. Tronchet a remarqué ceci (Fenet, t. XII, p. 303).
(2) M. Tronchet (Fenet, t. XII, p. 301).
(3) Fenet, t. XII, p. 244.
(4) Fenet, *loc. cit.*
(5) Fenet, *loc. cit.*, et p. 251.
(6) Fenet, *loc. cit.*, p. 248.
(7) Fenet, t. XII, p. 252.

tère particulier, non-seulement dans sa cause, mais encore dans son exercice. Car elle n'avait pas la sanction d'une action en réduction à l'égard des étrangers saisis de donations entre-vifs.

D'un autre côté, la section proposait de fixer la légitime d'une manière absolue et uniforme, savoir :

Aux trois quarts, en faveur des enfants;

A la moitié, en faveur des ascendants;

Au quart, en faveur des frères ou sœurs. On abandonnait l'idée mère du droit romain pour celle des coutumes.

756. Comme tout le monde était d'accord sur la nécessité d'établir une légitime, au moins au profit des enfants, il était fort inutile de revenir sur la question relative au droit de tester (1); question d'autant plus oiseuse que les plus grands partisans de ce droit reconnaissent que, malgré toute sa force et son autorité, il est tenu de se concilier avec le droit non moins sacré des enfants sur les biens du père. Car le père, en donnant la vie, contracte l'obligation étroite d'en assurer le soutien par tous les moyens qui sont en son pouvoir (2). C'était donc tout à fait hors de propos que M. Berlier vint rappeler, comme pour l'approuver (3), l'opinion de Mirabeau que nous avons réfutée ci-dessus (4) et que nous ne cesserons de déclarer fausse, illibérale, contraire au droit de propriété et, par conséquent, à la liberté de l'homme.

M. Tronchet était présent; il n'était pas libre sur cette question. Les souvenirs évoqués par M. Berlier lui rappelaient un de ses discours les plus remarqués à l'Assemblé constituante (5). Les préjugés d'école accrédités au XVIIIe siècle,

(1) *Supra*, n°s 12 et suiv.
(2) *Supra*, n°s 19, 28. L. 7, D., *De bonis damnat.*
(3) Fenet, t. XII, p. 256.
(4) *Supra*, n° 25.
(5) *Supra*, n°s 30 et suiv.

une fausse philosophie sur la théorie du droit de propriété, une croyance inconsidérée à la théorie du Contrat social (1), entretenaient, dans l'esprit de ce jurisconsulte, des erreurs pareilles à celles de Mirabeau. Le ressentiment les avait fait naître chez le grand orateur; des études incomplètes et de mauvaises traditions en faisaient pour Tronchet un dogme incontestable. Excusons-le donc d'avoir dit, après M. Berlier : « Que, suivant lui, la faculté de disposer par testa-
» ment n'était pas, comme la faculté de disposer entre-vifs,
» une suite du droit de propriété. Ce droit ne s'étend pas
» au delà de la vie. Il ne peut donc produire le pouvoir de
» disposer pour un temps où le propriétaire n'existera plus.
» Ainsi, la faculté de tester n'est qu'un bénéfice de la loi
» civile, qui, à cet égard, ajoute à la loi naturelle (2). » Oui; excusons-le à cause de son siècle, à cause de la très-mauvaise métaphysique que des philosophes plus grands que lui (3) avaient introduite sur cette question, sans prévoir les déplorables abus que l'on pourrait en faire (4); mais disons cependant, tout en l'excusant, que lorsque la constitution de la famille et de la propriété ont été à la merci de pareilles aberrations, on tremble de ce qui aurait pu arriver, si M. Tronchet et autres de son école, conséquents avec eux-mêmes comme l'avait été le législateur révolutionnaire de l'an II, eussent fait pénétrer dans le Code civil de la France les déplorables corollaires de leur absurde théorie. Heureusement qu'ils avaient mis la main aux affaires, et que les

(1) *Supra*, nos 30, 31 et 32.

(2) Fenet, t. XII, p. 157.

(3) *Supra*, n° 12, où je rappelle que Montesquieu a adopté sans examen cette théorie si fausse qui voit dans le testament une création du droit civil, et a entraîné, par sa grande autorité, presque tous ceux qui ont traité la question à la fin du XVIIIe ou au commencement du XIXe.

(4) Témoin la loi de l'an II, qui n'est qu'une application des doctrines de Robespierre, adversaire du testament. *Supra*, n° 20.

grands enseignements de la pratique corrigeaient, par l'empire des faits, l'empire des doctrines. M. Tronchet était un homme expérimenté et plein de mesure. Les faits sociaux, les nécessités pratiques, les lumières intérieures de la conscience et de la morale, plus vives que les lueurs d'une philosophie empruntée, le contenaient dans le domaine des vérités qui, quoi qu'on fasse, seront toujours la règle des sociétés civilisées.

J'aurais bien des choses à dire sur la réponse de M. Portalis à M. Tronchet (1). Ce conseiller d'État a cependant le mérite de n'avoir pas baissé le genou devant la fausse idole de Mirabeau jurisconsulte, et d'avoir protesté contre les pauvretés métaphysiques de M. Tronchet. « Le droit de dis-» poser, disait-il, naît du droit de propriété : or celui qui » dispose à cause de mort, dispose pendant sa vie et dans » un temps où il est propriétaire (2). » Voilà la vérité dans son évidence, dans sa force et sa simplicité. Après d'aussi bonnes paroles, je n'engagerai pas de contestations avec M. Portalis pour démontrer qu'il a tort de dire que ce n'est pas dans le droit naturel « qu'il faut chercher les règles de la propriété. » Comme le droit naturel auquel il fait allusion est l'état sauvage (3), il est clair que nous parlons, lui et moi, de deux choses différentes, quand nous parlons du droit naturel. Le droit naturel, à mes yeux, est celui qui exprime les rapports nécessaires qui découlent de la nature des choses, et je n'appelle pas droit naturel l'état sauvage, qui n'est qu'une dépravation de la nature.

757. Ceci entendu, et le droit de disposer étant hors de doute, du moins à l'égard des enfants, il ne restait plus qu'à fixer l'étendue de ce droit par rapport à eux.

(1) Fenet, t. XII, p. 258.
(2) Fenet, *loc. cit.*
(3) Fenet, *loc. cit.*

Plusieurs auteurs ont prétendu (1), et Montesquieu (2) est de ce nombre, que les pères ne doivent pas leur succession à leurs enfants, qu'ils ne leur doivent que des aliments. Ce qui a fait dire que, si la légitime est de droit naturel, la quotité est purement de droit civil. Il y a là dedans une erreur considérable. Le père doit à son fils plus que des aliments : il lui doit un établissement, un sort, un avenir ; il doit son patrimoine à celui qui, suivant la belle idée du droit romain, est la continuation de lui-même et de son domaine (3). La légitime n'a pas d'autre fondement que cela, et la loi serait hors de la nature et de l'équité si elle renfermait la réserve dans les limites des simples aliments. C'est ce que le conseil d'État reconnut sans peine, malgré quelques propositions peu orthodoxes échappées dans la discussion, et que je n'ai pas le temps de relever (4). Il eût été déplorable que des législateurs chrétiens eussent méconnu des vérités naturelles, appréciées et proclamées par des jurisconsultes païens (5). Il eût été triste pour une œuvre aussi travaillée que le Code Napoléon, de s'écarter d'une vérité consacrée par le bon sens des coutumes, savoir que LA LÉGITIME EST DUE PAR DROIT DE NATURE (6).

Mais d'un autre côté, le père n'est pas dans une position d'égalité à l'égard de ses enfants. Il est le chef de la famille ; il en est le guide, le juge, le rémunérateur, l'arbitre. Son pouvoir doit avoir une sanction et des moyens d'agir. L'un des plus efficaces et des plus salutaires est dans le droit de

(1) Ricard, n 921.

(2) Liv. 26, chap. 6.

(3) Justinien, *Instit. De hæredit. quæ ab intest.* : « *Statim a morte parentis quasi continuatur dominium.* »

(4) M. Maleville approuve l'erreur de Montesquieu, p. 309.

(5) Voy. *supra*, les paroles de Paul, n° 727.

(6) Chartres, art. 88. Dreux, art. 76.

disposer d'une partie des biens paternels pour récompenser, punir, égaliser des situations que la nature ou la fortune ont faites inégales, pour maintenir l'équilibre ou même faire pencher la balance du côté où l'exige la justice. Un pouvoir, qui n'est pas armé de coercition n'est pas un pouvoir. D'un autre côté, il n'est pas défendu d'entretenir dans le cœur des enfants des espérances de rémunération ou d'équitable distribution, fondées sur une bonne conduite. C'est ce que reconnaissait Ulpien lorsqu'il disait, avec ce beau langage des lois romaines : « *Ne deminuatur spes quam unusquisque* » *liberorum obsequio parat sibi* (1) »; ou encore Papinien, dont les paroles sont rapportées par Justinien (2) : « *Meritis filios* » *ad paterna obsequia provocandos* ». L'intérêt, qui rapproche les hommes et est, comme l'a dit Bossuet (3), un des liens de la société, a des côtés excellents, quand, au lieu de diviser les familles, il ne forme de leurs membres qu'un faisceau. Enfin, le père est propriétaire dans le sens étroit du mot. Le plus souvent il a été le créateur et l'artisan de sa fortune : il est donc juste aussi de laisser au droit de propriété, représenté au plus haut degré dans sa personne, une latitude suffisante pour donner cours à des penchants bienfaisants.

C'est ce droit du père auquel la portion disponible doit donner satisfaction. Il faut, de toute nécessité, en tenir compte, si l'on ne veut enlever à la famille son gouvernement.

758. Mais, la mesure dépendant ici d'une appréciation équitable, le conseil d'État se trouva livré aux divergences qui sont dans la nature des arbitrages. Les conseillers d'État du Midi, MM. Maleville (4) et Portalis (5), par exemple,

(1) L. 17, § 3, D., *De adopt.*
(2) L. 35, § 1, C., *De inoff. test.*
(3) Politique tirée de l'Écriture, p. 13.
(4) Fenet, t. XII, p. 254, 306.
(5) Fenet, *loc. cit.*, p. 258, 312.

trouvaient que le projet ne faisait pas assez pour les pères, en ne leur donnant que la disposition du quart; ils rappelaient l'ancienne jurisprudence, qui avait laissé aux pères la disposition d'au moins la moitié de leurs biens. Ils représentaient qu'à la suite d'une révolution, qui avait fait tant de ravages dans les mœurs et dans les idées, c'était le cas de fortifier les ressorts de la puissance paternelle, plutôt que de les affaiblir (1).

759. D'autres conseillers d'État, que leurs antécédents politiques liaient davantage à la cause de la révolution, voulaient au contraire que le pouvoir des pères fût renfermé dans les limites les plus étroites (2), ne voyant pas, comme le disait M. de Ségur, que les abus d'autorité de la part des pères sont beaucoup plus rares que les écarts d'indépendance de la part des enfants (3).

Parmi ces partisans de l'émancipation des enfants, les uns appuyaient le projet de la section de législation (4); les autres proposaient de conserver le système de la loi du 4 germinal an VIII (5).

760. Quant au premier consul, son esprit était préoccupé de deux idées : d'abord du besoin de ne pas affaiblir le droit que la nature a confié aux chefs de chaque famille, ensuite de l'utilité de mettre quelques entraves à la trop grande subdivision des fortunes modiques : subdivision qui met un terme à l'existence de la famille, surtout quand elle entraîne l'aliénation de la maison paternelle, qui en est pour ainsi dire le point central (6). Ce dernier aperçu était nouveau;

(1) Fenet, *loc. cit.*, p. 255.
(2) M. Tronchet, p. 258. M. Berlier, p. 256.
(3) Fenet, t. XII, p. 313.
(4) M. Berlier.
(5) M. Tronchet, p. 301; M. Boulay, p. 311.
(6) Fenet, t. XII, p. 313, 314.

on y trouve l'étendue des vues de Napoléon et la fécondité de son esprit. Il voyait dans la portion disponible quelque chose de plus qu'un moyen de gouverner la famille; il y voyait aussi une arme pour lutter contre l'infini morcellement de la propriété, pour conserver au moins le manoir paternel, pour rallier à ce point central les débris épars de la famille.

Ces idées règnent, du reste, dans le Midi, dont les souvenirs agissaient certainement sur l'esprit de Napoléon. Il serait difficile de les déraciner; il serait périlleux de les combattre.

761. Au milieu de cette intéressante discussion, le consul Cambacérès fit adopter un amendement qui n'était ni le projet de la section, ni la loi de l'an VIII (1), mais qui, moins absolu que le premier, et graduant le droit de disposer sur le nombre des membres de la famille, comme le droit romain, faisait la part du père plus large dans certains cas; qui, d'un autre côté, se rangeant au système de gradation de la loi de l'an VIII, était moins restrictif et plus favorable à l'autorité paternelle.

Cet amendement est celui qui est devenu l'art. 913 du Code Napoléon. On en aperçoit la portée : s'il n'y a qu'un, deux ou trois enfants, la famille, le père y compris, sera considérée comme une communauté, dans laquelle le père aura la disposition de sa part virile des biens, savoir : la moitié s'il n'y a qu'un enfant, le tiers s'il y en a deux, le quart s'il y en a trois. C'est la conciliation du droit des pères avec cette idée que les enfants sont en quelque sorte copropriétaires avec lui. Dira-t-on que la libre disposition de la moitié est excessive? Mais il est à croire que le père fera rarement usage de ce droit; il lui faudra de bien graves motifs,

(1) Fenet, t. XII, p. 260, 300 et 319.

pour préférer un étranger à son enfant unique; et si ces motifs existent, l'enfant n'aura pas à se plaindre, puisqu'il est traité en comparsonnier. Quant au cas où il y a deux enfants, et où le père peut disposer du tiers, ce qu'il y a de plus à craindre, c'est qu'il ne double la portion de l'un au préjudice de l'autre; c'est qu'il ne laisse deux tiers à celui-ci et un tiers à celui-là. Mais il y a des cas d'insubordination, d'inconduite ou de désastres immérités, où une telle inégalité est commandée par la justice. Dans tous les autres cas, l'affection du père est un sûr garant contre les abus, et l'on peut se confier à sa prévoyance et à sa sollicitude. Enfin, si la famille est composée de trois enfants, le quart disponible laissé au père ne présente rien d'exorbitant. C'est la loi de la communauté appliquée à la famille, mais toujours tempérée par l'affection paternelle. C'était le taux de la loi de l'an VIII. L'ancien droit était bien plus favorable au pouvoir paternel, et lui seul, peut-être, pourrait faire entendre des regrets, si la tendresse paternelle pouvait en éprouver, quand il s'agit de mesures sévères.

Maintenant, s'agit-il d'une famille composée de quatre enfants? Ici s'arrête la gradation. L'art. 913 ne suit pas la loi de l'an VIII dans son échelle toujours ascendante. Il a compris qu'en poussant dans toutes ses conséquences un principe d'association qui n'est pas d'une vérité absolue, il réduirait à rien l'autorité des pères, ou ne lui donnerait qu'une vertu insignifiante. L'art. 913 s'accorde bien avec la loi de l'an VIII, quand la famille est de trois enfants. Mais au-dessus ou au-dessous de ce nombre il s'en sépare, afin de rendre plus fort un pouvoir qui est le premier de tous et le fondement de tous les autres. Par là, le Code Napoléon marque sa place parmi les lois réparatrices de l'ordre social. Il réalise les progrès que la loi de l'an VIII avait permis d'espérer, mais qu'elle n'avait pas osé accorder aux

hommes amis de l'ordre, de la famille et de la propriété.

On voit, du reste, qu'à part les chiffres, le Code Napoléon a donné la préférence au système du droit romain sur le système du droit coutumier ; le premier gradué sur le nombre des enfants, le second absolu.

762. Après avoir réglé la portion disponible à l'égard des enfants, il fallait s'occuper de la légitime des père et mère. Mais aucune difficulté ne s'éleva sur le principe de cette légitime (1), et l'article proposé par la section se transforma dans l'art. 915, à la suite d'observations du Tribunat, dont nous parlerons dans le commentaire de cet article.

763. Il y eut de plus sérieux débats sur la légitime des frères et sœurs (2).

La section de législation était partie de cette idée que la distinction des propres et acquêts, ainsi que les réserves coutumières qui en étaient une suite, étant désormais incompatibles avec l'état de nos mœurs et la situation nouvelle faite à la propriété, il fallait chercher à remplacer, par d'autres combinaisons plus en harmonie avec les habitudes actuelles, les avantages de conservation que ces réserves assuraient à la famille (3).

Mais bien des objections se présentaient contre le système qu'elle avait organisé.

D'abord, elle reconnaissait qu'une légitime de droit n'était pas due aux frères et sœurs. Elle ne fondait leur réserve que sur des motifs d'utilité, de conservation, de bonne économie domestique. En effet, les enfants ayant fait entre eux un partage de l'hoirie paternelle, chacun ayant eu sa part, les uns ne doivent rien aux autres. Sans quoi il n'y aurait plus d'éga-

(1) Fenet, t. XII, p. 319.
(2) Id., p. 319.
(3) M. Bigot, ibid., t. XII, p. 251 et 319.

lité, et ce serait ajouter légitime sur légitime, que de vouloir qu'après avoir eu sa légitime dans l'hoirie paternelle, un des frères vînt encore en prendre une seconde dans les fragments de cette hoirie. Que si l'un des frères a fait sa fortune par son industrie particulière, il est maître de sa chose; c'est une suite nécessaire du droit de propriété qu'il puisse en disposer ainsi qu'il l'entend (1). Il n'en serait autrement qu'autant qu'entre frères et sœurs il y aurait cette dette naturelle, sur laquelle repose la légitime; mais elle n'existe pas (2). Il faut donc recourir à des considérations d'utilité publique pour donner une légitime en collatérale, et rien n'est plus sujet à controverse que ces considérations. Quel est le but qu'on se propose? Resserrer les liens de la famille. Or, le meilleur moyen d'y parvenir n'est pas d'assurer aux collatéraux des droits, qui les dispensent d'égards, de soins affectueux, de ménagements réciproques (3).

En second lieu, le projet tombait dans des contradictions graves, que M. Portalis relevait avec beaucoup de force. On permet à un frère de donner toute sa fortune à un étranger; on n'est pas choqué de la préférence qu'un frère accorde à des étrangers sur ses frères, et l'on est blessé de la préférence qu'il donne à un frère sur l'autre : quelle contradiction! quelle injustice! Est-ce bien, d'ailleurs, au nom de la conservation des biens dans les familles qu'on peut proposer de la consacrer? Ne fait-on pas attention que c'est précisément quand les libéralités font sortir les biens de la famille qu'on les sanctionne, et qu'on ne les critique que lorsque la volonté du frère les y fait rester?

Malgré ces raisons, le conseil d'État admit le principe

(1) M. Portalis, ibid., t. XII, p. 321, 322.
(2) M. Muraire, ibid., t. XII, p. 323.
(3) M. Portalis, *loc. cit.*

d'une légitime, avec des modifications de détail apportées au projet présenté par M. Bigot (1).

Mais le Tribunat le combattit fortement. Il insista sur la différence fondamentale qui existe entre la position des descendants et des ascendants, et la position des collatéraux. Il revendiqua le droit de la liberté, qui ne doit pas être gêné sans de très-graves raisons. Il montra que les liens de famille, loin d'être relâchés, seraient plutôt resserrés, lorsque l'homme sans enfants aurait le droit de récompenser ou punir ceux qui l'entourent, et qu'il serait par là à l'abri de leur froideur ou de leur délaissement (2).

Le conseil d'État, sur ces observations, ne crut pas devoir persister : il retrancha la disposition (3). Le Code Napoléon est donc d'accord sur ce point avec le droit romain.

764. Par le droit romain, la veuve survivante indotée, ou qui se trouvait dans la nécessité, avait la quatrième partie des biens du défunt, quand il avait laissé trois enfants ou moins, ou une part afférente quand il y en avait plus, à la condition de réserver cela aux enfants communs, lorsqu'il y en avait, et sans cette charge lorsqu'il n'y en avait pas (4). La raison de cette réserve était prise du décorum du mariage et de l'époux lui-même, dont l'honneur eût été offensé si sa veuve eût été forcée de vivre misérablement. Car la veuve conserve comme un reflet de son mari : « *Viduà adhuc » corruscat radiis mariti* (5) ». Un homme riche, qui épouse

(1) Fenet, t. XII, p. 419 et suiv.

(2) Id., p. 444.

(3) P. 470.

(4) Authent. *Præterea*, au Code *Unde vir et uxor*. Novelles 22 et 53, ch. 6, § 2, 74, § ult. et 117, ch. 5. Lebrun, *Successions*, 1, 7, 3. Maynard, liv. 3, ch. 25. M. Merlin, Répert., v° *Quarte de conjoint pauvre*. Dumoulin *sur le Conseil* 24 *de Decius*. Bacquet, *Aubaine*, 33, 8. Merlinus, *De legitimà*, 2, 1, 23.

(5) Merlinus, *loc. cit.*, 2, 3.

une femme dont il connaît l'indigence, ne contracte-t-il pas pour toujours l'obligation de pourvoir à sa subsistance? Si, pendant sa vie, le mari refuse à sa femme son entretien, les tribunaux peuvent l'y contraindre : et la femme serait délaissée, lorsque la mort de son mari l'a privée de son appui !

Mais le mari pauvre pouvait-il réclamer la quarte sur les biens de sa femme riche prédécédée? Non, par le dernier état de la jurisprudence de Justinien (1); mais oui, par la jurisprudence des pays de droit écrit, constatée par Accurse (2), Dumoulin (3), Despeisse (4) et autres (5).

La quarte du conjoint pauvre était inconnue dans les pays coutumiers (6); on avait pourvu au sort de la femme par le douaire, les gains de survie, la communauté et un ensemble de dispositions matrimoniales qui rendaient inutile ce remède apporté aux inconvénients du régime dotal, si peu favorable à l'amélioration de la fortune de la femme par le mariage.

765. Lorsqu'on discuta le titre *des successions,* M. Maleville fit observer qu'on avait omis une disposition reçue par la jurisprudence, qui donnait une pension à l'époux survivant, lorsqu'il était pauvreetne recueillait pas la succession.

M. Treilhard répondit que par l'art. 55, on lui accordait l'usufruit d'un tiers des biens (7). Or, c'était une erreur. Cet article 55 ne disait rien de pareil, et il n'en existait aucun dans le Code Napoléon qui pût motiver la réponse de M. Treilhard.

(1) Nov. 117, ch. 5.
(2) Sur l'auth., *Præterea.*
(3) Sur le Conseil 24 de Decius.
(4) T. I, p. 305.
(5) M. Merlin, *loc. cit.*
(6) M. Merlin, *loc. cit.*, p. 446, col. 1.
(7) Fenet, t. XII, p. 38.

Il ne faut pas dire pourtant que le conseil d'État s'est fondé sur une erreur, quand il a repoussé la proposition de M. Maleville. Si la raison de M. Treilhard est mauvaise, la réflexion en suggère d'excellentes ; il faut les puiser d'abord dans l'esprit du Code Napoléon, qui regarde le régime de la communauté comme le plus digne d'encouragement. Or, ce régime donne à la femme une récompense digne d'elle, quand les époux ont travaillé fructueusement. Pourquoi les époux ne l'ont-ils pas préféré? Pourquoi ont-ils donné la préférence au régime dotal, que le Code Napoléon n'admet que comme exception ? D'ailleurs, les époux pouvaient assurer, par des dispositions expresses, le sort du prémourant ; pourquoi ne l'ont-ils pas fait ? Pourquoi enfin assurer à la femme pauvre, qui a été à la charge de son mari, des avantages que n'a pas la femme qui l'a aidé par le concours de sa dot ? Tout ce à quoi la veuve pourrait prétendre, c'est à des aliments. Mais les héritiers d'un homme riche laisseront-ils sa veuve traîner dans la pauvreté une vie honorable? et, s'ils étaient assez durs pour le faire, les tribunaux n'auraient-ils pas le droit de les contraindre à remplir un devoir pieux envers la mémoire de celui dont ils détiennent les biens ?

766. Après avoir mis sous les yeux du lecteur les antécédents et l'esprit de la loi, essayons de pénétrer dans les détails de son interprétation.

On remarquera, d'abord, que la quotité disponible est aujourd'hui la même pour les donations et pour les testaments. Le père de famille n'a pas plus de droit dans les dispositions entre-vifs que dans les dispositions à cause de mort. En partant de ce point incontestable que la réserve est une dette, il est clair que des libéralités, quelles qu'elles soient, ne peuvent faire préjudice à son acquittement.

767. Il est un autre point, non moins essentiel, c'est que la portion disponible, la portion donnée par le défunt, ne

doit être considérée que comme une défalcation de l'hérédité. La réserve légale forme seule la succession, l'hérédité; ceux qui la reçoivent de la loi sont seuls héritiers du défunt, et soumis à toutes les conséquences qui résultent de cette qualité. Ils en sont saisis *ipso jure*, en vertu de la règle : *le mort saisit le vif* (1). Quant à ceux à qui le disposant fait parvenir la quotité disponible, ils sont simplement légataires ou donataires. On peut donc appliquer sous le Code Napoléon la maxime de Dumoulin : « *Non habet legitimam, nisi qui hæres est* (2) ».

Il est clair, d'après ceci, que le Code, en envisageant les réserves dues à certains héritiers privilégiés, a incliné pour le droit coutumier plutôt que pour le droit romain, aux yeux duquel la légitime était attribuée à la qualité d'enfant et non à la qualité d'héritier, toujours dépendante de la volonté du testateur (3). Toutefois, disons dès à présent que cette règle de Dumoulin, *Non habet legitimam, nisi qui hæres est*, est sujette à de notables exceptions (4), et qu'on tomberait dans les erreurs les plus graves et les iniquités les plus dures si on l'appliquait d'une manière absolue.

768. Malgré le point de contact que nous venons de signaler entre le Code Napoléon et le droit coutumier, il y a une différence entre la réserve légale du Code Napoléon et la légitime des pays de coutume.

Dans les principes du droit coutumier, la légitime était une portion déterminée de ce que l'enfant aurait eu, s'il eût succédé *ab intestat* (*portio portionis*); en sorte que, suivant Ricard et tous les auteurs coutumiers, les enfants ne prenaient pas en masse la portion qui était destinée pour leur

(1) *Supra*, n° 737.

(2) Sur Paris, art. 125, n° 1, et sur le conseil 75 d'Alexandre, n° 6. Lebrun, 2, 3, 1, 14. Bourjon, t. I, p. 877, col. 1.

(3) *Supra*, n° 731. Art. 1014, 1011 C. Nap.

(4) *Infra*, n°s 777 et suiv., et n°s 899 et suiv.

légitime, pour la distribuer après entre ceux qui y devaient prendre part; mais chaque enfant en particulier devait être content, lorsqu'il avait la portion de la portion qui était déférée *ab intestat* par la loi, et cette portion ne lui était due qu'en détail, et comme assignation à lui personnelle(1).

Sous le Code Napoléon, la légitime est autrement assignée. La loi divise le patrimoine du disposant en deux parts : l'une disponible, l'autre indisponible. Celle-ci est calculée sur le nombre des héritiers réservataires, lesquels en sont saisis collectivement. Cette portion indisponible est un tout, une masse qui passe aux légitimaires, pour être ensuite divisée par eux en égales quotités; elle n'est pas *portio portionis ;* elle est *portio hæreditatis,* une portion des biens en masse. Par là, le Code Napoléon se rapproche beaucoup du droit romain, tel que la novelle 18 en avait formé le dernier état (2). Car la légitime appartenait aux enfants en masse et collectivement. Mais le Code Napoléon diffère du droit romain en ce qu'aujourd'hui la légitime est *quota hæreditatis,* tandis que chez les Romains elle n'était que *quota bonorum* (3). Nous verrons plus bas qu'elle peut être l'influence de cette distinction sur les enfants renonçants qui s'en tiennent à leur don (4).

769. L'art. 913 s'occupe, d'abord, de régler la réserve attribuée aux enfants. Ce sont eux qui sont les premiers, dans l'ordre de la nature; ce sont eux surtout qui doivent être mis à l'abri des sévérités injustes du pouvoir de disposer : sévérités assez rares du reste, car l'affection des pères

(1) Ricard, nos 1056 et suiv. Lebrun, *Successions,* 3, 8, 2, 77. D'Argentrée *sur Bretagne,* art. 224, Glos. 7, nos 6 et 7. Arg. de l'art. 298 de la *Cout. de Paris.*

(2) Furgole, 8, 2, 148. *Junge* Henrys et Bretonnier, 6, 5, 16. Menoch., *Præs.,* 4. 101, 39.

(3) M. Zachariæ, t. V, p. 133.

(4) Nos 775 et suiv.

est la plus profonde de toutes, et nos mœurs sont telles que l'on ne voit pas souvent des pères dont on puisse dire : *Maligne contra sanguinem suum inferentes judicium* (1) ». Cette réserve varie suivant le nombre de ceux qui y ont droit, et la quotité disponible suit par conséquent la raison inverse de ces variations. Nous avons expliqué ci-dessus l'idée fondamentale qui donne la clef de cette gradation (2).

770. Puisque c'est le nombre des enfants qui sert de base à la fixation de la quotité disponible, il est naturel de demander quels sont les enfants qui doivent faire nombre pour supputer cette quotité. Ce point présente, à quelques égards, des difficultés sérieuses. Nous examinerons la question relativement aux enfants illégitimes, aux enfants adoptés, aux enfants absents, aux enfants légitimés, aux enfants renonçant à la succession, et aux enfants morts civilement, incapables ou indignes.

771. Ce n'est point ici le lieu d'examiner toutes les variations que la législation a éprouvées sur les droits que les enfants naturels peuvent avoir aux biens de leurs ascendants (3). Il nous suffira de rappeler, en ce moment, que l'enfant naturel reconnu a, d'après l'art. 757 du Code Napoléon combiné avec les art. 756 et 761, une part déterminée, dont ses auteurs ne peuvent le priver en disposant de la totalité, ou d'une partie de leurs biens qui diminuerait sa portion légale. Si sa réserve ne se trouvait pas dans la succession de son père ou de sa mère, il aurait le droit de demander, jusqu'à due concurrence, la réduction des libéralités excessives qui l'en auraient dépouillé. C'est un point qui, aujourd'hui, est universellement reconnu, et les anciennes controverses, suscitées quand le Code était dans sa nouveauté (1), sont

(1) L. 4, D., *De inoff. test.*
(2) N° 761.
(3) *Supra*, n°s 627, 628.

terminées, je dirais presque oubliées, du moins dans la pratique des tribunaux. Tout le monde convient que si l'art. 913 pris isolément laisse quelque doute, les art. 756, 757 et 761 lèvent tous les scrupules par la précision de leurs dispositions (2).

Il est même constant que la réserve des enfants naturels leur donne le droit de faire réduire les donations entre-vifs, même antérieures à la reconnaissance (3).

Mais cette réserve de l'enfant naturel n'est pas une dévolution de droits héréditaires. L'art. 756, qui a voulu honorer le mariage, et rendre hommage à la morale, en traçant une ligne de démarcation entre les enfants nés à l'ombre d'une union légitime et ceux qui ne doivent le jour qu'aux égarements de leurs père et mère, a déclaré que ces derniers n'étaient pas héritiers, et ils ne sauraient succéder tant qu'il existe des successibles dans la famille. En effet, le droit de succession est un droit qui n'appartient qu'à la famille : « et les bâtards n'ont pas de famille, *nec gentem nec familiam habent* ». La loi leur a donc enlevé le titre honorable d'héritiers, à cause de son respect pour la famille et la légitimité ; elle ne leur a donné qu'un simple droit sur les biens de leurs père et mère décédés, lesquels, par le seul fait de leur naissance, sont naturellement obligés à leur transmettre de quoi pourvoir à leur entretien. D'où il suit que leur réserve est une espèce de créance réelle, *in re* (4), qui rend la succession paternelle ou maternelle grevée, envers eux, de la dette d'une portion de propriété, déterminée, suivant les cas,

(1) Chabot, *Succession*, t. II, p. 47 et suiv.

(2) Grenier, t. IV, n° 639. M. A. Dalloz, v° *Succession irrégulière*, n°s 36, et suiv. Zachariæ, t. V, p. 136.

(3) *Infra*, n°s 915 et 916.

(4) Nancy, 22 janvier 1838 (Dalloz, 39, 2, 153).

par la loi. Mais ils n'ont pas de saisine héréditaire (1).

772. Cela posé, on ne peut pas dire que les enfants naturels fassent nombre pour calculer la quotité de la portion disponible et indisponible. La quotité indisponible est ce qui forme la succession, l'hérédité : et les enfants naturels, étant exclus de l'hérédité, doivent être considérés comme n'existant pas pour la détermination de la quote qui forme cette hérédité. Aussi l'art. 913 ne fait-il entrer en supputation que les enfants légitimes. Son texte est remarquable et décisif.

773. Mais s'il est vrai que les enfants naturels aient droit à une réserve d'une espèce particulière, comment opérera-t-on pour fixer cette réserve, et comment sera-t-elle prise dans la succession ? A cet égard il y a un principe certain. L'art. 757 a voulu que, dans le cas de succession *ab intestat*, le droit de l'enfant naturel fût une quotité de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. Dès lors, en suivant l'analogie des idées, la reserve de l'enfant naturel, dans le cas de disposition, doit être aussi une quotité de la part à laquelle il aurait été réduit s'il eût été légitime, en observant, comme le fait remarquer M. Grenier (2), la même proportion qu'il y a entre la portion attribuée à l'enfant naturel, dans le cas de succession *ab intestat*, et celle qu'il aurait eue, dans le même cas, s'il eût été légitime.

Un autre principe, non moins important, c'est que la réserve de l'enfant naturel est une charge des biens composant la succession, et non pas la succession même : biens qui doivent être fictivement augmentés de ceux qui ont été aliénés par donation entre-vifs, conformément à l'art. 922 du Code Napoléon (3).

774. Passons maintenant à des exemples propres à nous

(1) Art. 756.
(2) T. IV, nº 666.
(3) *Supra*, nº 763.

faire comprendre, sans vouloir cependant présenter le commentaire complet d'une matière qui appartient au titre *Des successions*.

Premier cas. Un père meurt, laissant un patrimoine de 24,000 fr., un fils naturel et un légataire universel, sans autre famille. En pareil cas, l'art. 758 laisse à l'enfant naturel la totalité de ce qu'aurait eu l'enfant légitime ; car aucun intérêt de famille n'élève ici la voix contre lui.

Or, l'enfant légitime aurait eu 12,000 fr. (art. 913). Donc le légataire sera obligé de lui payer cette somme sur les biens de la succession, véritablement grevés de cette charge.

775. Deuxième cas. Le défunt laisse des frères, un enfant naturel et un légataire universel étranger avec 48,000 fr. de biens (1).

On n'est pas d'accord sur ce point dans la jurisprudence. Deux systèmes la partagent.

Voici le premier :

L'art. 757 fixe le droit de l'enfant naturel à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime. Or, comme enfant légitime, il eût dû avoir 24,000 fr., donc sa part sera de 12,000 fr. que le légataire sera tenu de lui délivrer (2). L'enfant naturel ne pourrait pas prétendre aux trois quarts, d'après l'art. 757, sous prétexte qu'en se prévalant de l'existence des frères ou sœurs exclus par le testament, le légataire excipe du droit d'autrui. Car, en instituant un légataire universel, le testateur lui a transféré tout ce qu'ils auraient recueilli : il l'a subrogé dans les droits de ses frères et sœurs.

(1) M. Grenier, t. IV, n° 667.

(2) M. Toullier, 4, 266. M. Merlin, Répert., vo *Réserve*. M. Grenier, t. IV, no 667. M. Vazeille, art. 761, n° 3. Nancy, 25 août 1831 (Dalloz, 32, 2, 4), Voy. aussi l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation du 20 février 1823 (Dalloz, 23, 1, 129).

Le second système attache une très-grande importance à l'objection réfutée par le premier ; il la prend même pour base de sa décision (1). Il veut que les frères et sœurs, exclus par le testament, soient considérés comme non existants. Ils n'existent pas en effet pour la succession, puisque le testateur la leur enlève. N'est-ce pas à cause de la famille, que la part de l'enfant naturel a été limitée à moitié de ce qu'aurait eu l'enfant légitime ? Or, puisque la famille a été mise à l'écart par le testateur, son légataire universel n'ayant pas à faire valoir les mêmes raisons d'honneur, de décence, de moralité, doit être traité comme si la famille n'existait pas.

Ce second système ne me paraît pas facile à concilier avec le texte des art. 757 et 758, qui subordonnent la part de l'enfant naturel au fait de l'existence de la famille. *Si le père et la mère ont laissé ; lorsque le père et la mère ne laissent pas*, etc., etc. : ces mots ont une grande portée. A mon sens, il suffit que la famille existe, pour que la décence mette une entrave à des libéralités dont l'excès est une atteinte pour son honneur.

Que fait l'enfant naturel, dans le second système ? Il s'élève au rang d'enfant légitime ; il s'en arroge les avantages, en face d'une famille dont la présence est une protestation contre cette usurpation. Or, dans le système de la loi, la famille met un obstacle insurmontable entre cette égalité de la légitimité et de la bâtardise. Sans doute, il est assez indifférent pour ses membres pris individuellement, que le légataire universel qui recueille, à leur place, reçoive plus ou moins, et que l'enfant naturel ait une part meilleure. Mais cela n'est pas indifférent pour le mariage, dont l'utilité et la faveur sont si essentielles, et dont l'hon-

(1) Toulouse, 8 juin 1839 (D., 39, 2, 250). Req., 14 mars 1837 (D., 37, 1, 277). *Supra*, nº 634.

neur est si haut placé par le Code-Napoléon (1). Enfin, il n'est pas vrai qu'on doive tenir la famille comme n'existant pas, parce qu'elle n'hérite pas. Est-ce qu'elle n'empêche pas que l'enfant naturel ne soit héritier? Est-ce qu'elle n'est pas là pour lui enlever ce titre honorable, qu'il ne saurait prendre que lorsqu'il n'y a pas de parents successibles (2). Donc, si elle fait obstacle au titre d'héritier, elle fait aussi obstacle à l'extension d'avantages qu'on fonde sur sa non-existence.

776. Nous ferons, au surplus, remarquer que si les frères et sœurs étaient morts et qu'ils fussent remplacés par leurs enfants, la part de l'enfant naturel serait des trois quarts de la part légitime. La représentation n'est pas admise en cette matière, qui est toute exceptionnelle et irrégulière. Le dernier paragraphe de l'art. 757 ne laisse aucun doute à cet égard (3), et l'on s'étonne qu'il ait pu en exister de sérieux en présence de ses termes précis.

777. Troisième cas. Le défunt laisse ses père et mère, un enfant naturel, et une succession de 24,000 fr. avec un légataire universel institué.

Le légataire universel se trouve ici en regard de deux sortes de réservataires : des ascendants, dont la réserve est déterminée par l'art. 915 du Code et forme la véritable succession du défunt, et de l'enfant naturel, dont la réserve de bâtardise est fixée par l'art. 757, qui ne lui donne qu'un droit *in re*.

Or (comme nous l'avons dit ci-dessus), cette réserve de

(1) M. Chabot, rapp. au Trib. (Fenet, t. XII, p. 194.)

(2) M. Treilhard, exposé des motifs (Fenet, t. XII, p. 150).

(3) Cassat., 6 avril 1813 (Devill., 4, 1, 321.) Req., 20 février 1823 (Devill., 7, 1, 195). Req., 28 mars 1833 (Dall., 33, 1, 167). Rouen, 14 juillet 1840 (Dall., 41, 2, 55). Grenier, t. IV, n° 667. *Contra, Themis*, t. VII, p. 113. MM. Toullier, t. IV, n° 254; Delvincourt, t. II, p. 21, note 8.

bâtardise est une charge des biens, une espèce de dette de la succession. L'hoirie devra donc contribuer à la formation de cette réserve, en la conciliant avec celle des ascendants, qui est la plus noble et la plus favorable. On aura ainsi : moitié d'une part d'enfant légitime pour le fils naturel, 6,000 fr. ; réserve des ascendants, 9,000 fr.

Les 9,000 fr. restants formeront la part revenant au légataire universel (1).

778. Le quatrième cas consiste dans le concours de bâtards avec des enfants légitimes.

Le défunt laisse 24,000, fr., un fils légitime, un enfant illégitime, et Caïus légataire universel.

Quelle est, dans l'espèce, la quotité du droit attribué à l'enfant naturel ? Le tiers de la portion qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Or, s'il eût été enfant légitime, il aurait pu prétendre 8,000 fr. sur le patrimoine paternel ; donc son droit de bâtard sera de 2,666 fr. Et en effet, pour que ses intérêts ne soient pas lésés dans le calcul de la portion afférente, dont il doit avoir le tiers, il faut nécessairement l'admettre momentanément au nombre des enfants légitimes, et le faire concourir fictivement avec eux, de manière que, s'il n'existe qu'un enfant légitime, il doit être procédé comme s'il y en avait deux, et, s'il en existe deux, comme s'il y en avait trois ; car tel eût été le nombre des légitimaires, qui auraient concouru à la fixation de la portion héréditaire, si l'enfant naturel eût été légitime (2).

Or, dans l'espèce, si l'on suppose fictivement deux enfants légitimes, la portion indisponible est des deux tiers, soit 16,000 fr. ; un tiers, 8,000 f., étant le lot d'un fils

(1) M. Grenier, t. IV, no 669.

(2) Cassat., 26 juin 1809, dont les motifs sont remarquables (Devill., 3, 1, 77).

légitime, l'enfant naturel aura droit au tiers de ce tiers, savoir : 2,666 fr.

Et comme cette somme de 2,666 fr. est une charge de la succession, on la défalquera des 24,000 fr.; ce qui réduira l'actif de la succession à 21,333 fr., lesquels seront partagés par moitié entre l'enfant légitime et le légataire. Par où l'on voit que, bien que l'enfant naturel ait figuré un instant et par fiction parmi les enfants légitimes, on se hâte bien vite de rentrer dans la vérité, en supputant la portion disponible à la moitié, après qu'on lui a fait sa part. Il ne compte donc pas pour fixer la portion disponible (1).

779. Cinquième cas. Concours d'un bâtard avec trois enfants légitimes et un légataire universel.

Le défunt décède, en laissant un enfant naturel qu'il a reconnu, trois enfants légitimes, et une fortune de 48,000 fr.; il laisse un légataire universel.

Dans cette hypothèse, MM. Grenier (2) et Toullier (3) soutiennent qu'il ne faut pas opérer comme précédemment, c'est-à-dire distraire d'abord de la masse la part de l'enfant naturel, et calculer ensuite, sur le restant, la quotité réservée aux enfants légitimes, et la quotité disponible. Ils se fondent sur ce que cette manière de procéder réduirait la portion disponibile au-dessous du quart, tandis que, par cela seul qu'il y a trois enfants légitimes, elle demeure irrévocablement fixée au quart; et, comme un quatrième enfant légitime ne pourrait pas porter atteinte aux droits du légataire, un bâtard ne peut, à plus forte raison, lui causer aucun préjudice. Les auteurs précités donnent donc à la portion disponible un chiffre de 12,000 fr., laissant aux enfants légitimes à remplir, à eux seuls, leur frère naturel. Ils ajoutent

(1) M. Grenier, t. IV, n° 670.
(2) T. IV, n° 670.
(3) T. IV, n° 265.

que ces enfants légitimes n'ont pas à se plaindre; car si leur frère eût été légitime, ils auraient été obligés de subir, sur leur part dans la portion indisponible, une plus forte diminution.

Quant à nous, nous sommes d'un avis contraire, et nous opérons dans ce cas, comme dans le cas précédent. Nous divisons donc ainsi qu'il suit la succession : 3,000 fr. pour l'enfant naturel; 11,250 fr. pour chacun des trois enfants légitimes; et 11,250 fr. pour le légataire universel.

En suivant au contraire la méthode indiquée par MM. Grenier et Toullier, on obtient 3,000 fr. pour l'enfant naturel, 12,000 fr. pour le légataire universel, et 11,000 fr. pour chacun des enfants légitimes. Le sort des enfants légitimes se trouve nécessairement aggravé par cette opération : ce sont eux seuls qui supportent la charge de la réserve de bâtardise.

Voici quels sont les motifs sur lesquels nous nous fondons pour appuyer notre sentiment.

S'il est vrai que les bâtards n'aient que de simples droits, et jamais de titre héréditaire à prétendre dans la succession de leur auteur, il s'ensuit que cette succession est grevée à leur égard d'une charge, d'une dette, qui doit diminuer d'autant la masse commune (1). Or, pour calculer quelle est, eu égard à la qualité des héritiers, la quotité dont le défunt a pu disposer, il faut déduire de la masse les dettes qui se trouvent dans son hérédité (art. 932). Nous nous conformons donc à la loi, en défalquant d'abord la part afférente à l'enfant naturel. Bien qu'il s'agisse ici d'une dette particulière, la généralité du principe nous entraîne vers son application.

(1) Voy. le discours de M. Siméon au Corps législatif. Il appelle les droits des bâtards « *une dette du père, une créance des enfants naturels.* » (Fenet, t. XII 230).

MM. Grenier et Toullier soutiennent qu'on ne peut agir ainsi, parce que c'est ébrécher la portion disponible, qui est invariablement fixée au quart d'après le nombre des enfants. J'ai peine à comprendre cette objection. Moi aussi je veux qu'on laisse au légataire universel le quart disponible que le défunt lui a légué. Seulement je calcule ce quart sur la masse réduite à sa juste valeur par le prélèvement de la quotité, due à titre de dette à l'enfant naturel, tandis que MM. Grenier et Toullier opèrent sur une masse dans laquelle se trouve une dette non déduite. Il résulte du système de ces deux auteurs une chose que nous ne pouvons concilier avec les principes : c'est que les enfants légitimes seuls supportent le payement de la réserve de bâtardise, et que le légataire universel n'y contribue pas. La loi exige cependant que le légataire universel, et même le légataire à titre universel, soient tenus des dettes de la succession pour leur part et portion (art. 1012 Code Napoléon). D'ailleurs, n'est-il pas immoral que les enfants, fruit d'une union légitime, soient exclusivement condamnés à acquitter la dette réclamée par un créancier peu favorable dans la famille, tandis que le légataire universel, qui tient tous ses droits du défunt, serait exempt de cette obligation ? Après tout, dans les opérations que nous avons faites aux troisième et quatrième cas, d'accord avec MM. Grenier et Toullier, la portion disponible ne se trouve-t-elle pas diminuée de toute la part afférente au bâtard? Pourquoi donc ce que ces jurisconsultes ont trouvé juste dans un cas, le trouvent-ils injuste dans un autre? C'est, disent-ils, que l'enfant naturel ne peut, par son existence, faire plus d'obstacle au légataire universel, que ne pourrait le faire un quatrième enfant légitime. Mais cette raison nous paraît frivole. Un quatrième enfant légitime aurait un droit acquis dans la réserve attribuée par la loi aux enfants légitimes (art. 913). Mais l'enfant naturel n'a

aucun droit dans cette quotité indisponible, qui est l'apanage de la légitimité. Pourquoi l'admettre à ne puiser que là le payement de sa créance? N'est-ce pas un préjudice révoltant causé à la légitimité?

Cependant MM. Grenier et Toullier veulent que les enfants soient satisfaits, parce qu'ils donnent moins à leur frère illégitime qu'à un frère légitime. Mais ces auteurs ne voient pas que, dans les affections de la nature, le partage avec un frère légitime est aussi sacré, aussi spontané, qu'il est pénible avec un frère dont la naissance est un trouble dans la famille.

En résumé, les enfants naturels ne forment point nombre pour déterminer la quotité disponible et la réserve. A la vérité, les père et mère ne peuvent les priver des droits limités que la loi leur assigne comme dette naturelle sur leur succession, et ces droits forment pour eux une espèce de réserve. Mais ils ne peuvent réclamer cette réserve qu'en qualité de créanciers d'une espèce à part, et elle leur doit être payée, au proratā, par les héritiers et les légataires soumis aux dettes du défunt (1).

(1) Nous dirons en passant que, quoique, sous un certain rapport, nous ne considérions les enfants naturels que comme des créanciers de la succession de leurs père et mère pour les droits qui leur compètent, ils doivent néanmoins concourir, au prorata de leurs droits, au payement des dettes du défunt. Ce n'est pas comme héritiers qu'ils doivent cette contribution, puisque la loi les exclut de ce titre honorable, mais c'est parce qu'aux termes de l'art. 756, ils n'ont de droit que *sur les biens* de leurs auteurs. Or, il est trivial en droit que les biens ne s'entendent que de ce qui reste après le payement des dettes : *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*.

Au surplus, il faut reconnaître que le Code est assez incomplet dans ce qui concerne le droit des enfants naturels, et il n'atteint pas toujours le but qu'il s'est proposé, de favoriser la légitimité. Mais combien de fois n'arrive-t-il pas au législateur de se tromper dans ses calculs, surtout quand une matière est neuve ? « *Nulla lex satis commoda omnibus est*, dit Tite-Live, *id* » *modo quæritur, si majori parti et in summum prodest* (34, 3). »

780. Nous terminerons en faisant remarquer que, si le père ne peut augmenter le droit accordé à l'enfant naturel par l'art. 757, il peut le réduire, en lui donnant, de son vivant, la moitié de sa part légale, et en déclarant que son intention est de le réduire à cette moitié (art. 761) (1).

Nous pourrions nous étendre longuement sur cette disposition, qui soulève quelques questions graves. Mais le commentaire de cet article appartient au titre *Des successions*.

781. D'après l'art. 350, l'enfant adopté ayant sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage, il s'ensuit qu'il a droit à une légitime et qu'il doit faire nombre pour évaluer la quotité disponible (2).

782. La question de savoir si l'enfant, absent au jour du décès du père ou de la mère, doit faire nombre pour la computation des réserves, a été controversée autrefois (3). Mais cette question se trouve aujourd'hui décidée, pour la négative, par les art. 135, 136, 137, 138 du Code Napoléon (4). C'est à ceux qui prétendent que la portion disponible a été excédée, à prouver l'existence de l'absent (5). Si cependant l'absent laissait des enfants, ceux-ci viendraient à son lieu et place par représentation (6).

783. Il n'y a pas de doute que l'enfant légitimé par mariage subséquent, conformément aux dispositions des art.

(1) Il a été jugé même que la part attribuée à l'enfant naturel dans la succession de ses père et mère reçoit une réduction non pas seulement dans le cas où les père et mère ont usé de la faculté que leur accorde l'art. 761, ou ien ont gratifié un tiers de toute la quotité disponible, mais encore par cela seul qu'ils ont fait au profit d'un tiers une disposition même inférieure à cette quotité. Cass. 15 novembre 1859 (Devill. 59, 1, 881).

(2) Cassat., 29 juin 1825 (Devill., 8, 1, 146).

(3) Bretonnier, *Q. Alphab.*, vo *Absent*, ch. 2.

(4) M. Toullier, t. V, nº 105.

(5) Toulouse, 1er mai 1823 (Devill., 7, 2, 205).

(6) M. Grenier, t. IV, nº 564. M. Dalloz, t. V, p. 408, nº 9.

331, 332 et 333 du Code Napoléon, ne fasse nombre, pour calculer la réserve, et n'ait qualité pour appréhender ce droit.

784. Occupons-nous, maintenant, de l'enfant renonçant à la succession. C'est assez dire que nous sommes parvenus à l'un des points les plus ardus et les plus controversés du droit actuel. L'importance de la matière exige que nous l'examinions avec détail.

Et d'abord, les enfants renonçants font-ils nombre, pour déterminer la quotité disponible et la réserve?

Ensuite, s'ils font nombre, à qui doit profiter la part qu'ils répudient?

La première question n'est pas celle dont la solution présente le plus de difficultés.

Si nous l'envisageons par rapport au droit ancien, nous trouvons qu'il était universellement reconnu par les auteurs, que les enfants renonçants faisaient nombre pour calculer la portion disponible, lorsqu'ils ne renonçaient que par suite des donations ou legs qu'ils avaient reçus du testateur; car ils seraient évidemment venus à sa succession, s'ils n'avaient pas reçu ces libéralités (1).

Quant aux enfants qui avaient renoncé gratuitement et sans avoir reçu aucun don, on ne les faisait pas entrer en ligne de compte, et leur part profitait à leurs cohéritiers, *jure non decrescendi* (2).

Cette distinction ne peut plus être admise, aujourd'hui

(1) Lebrun, *Success.* L. 3, ch. 8, sect. 2, nos 76 et 77, et L. 2, ch. 3, sect. 6, nos 3 et suiv. Pothier, *Donat. entre-vifs*, III, V, 3, et sur la coutume d'Orléans. *Introduct. au tit. Des donations*, no 79. Ricard, part. III, no 1056. Furgole, ch. 8, sect. 2, nos 144 et suiv.

(2) Lebrun, *loc. cit.* et autres. L. 10, § 4, D. *De bonor. possess. contra tabulas*, qui dit qu'il n'y a pas à demander, « *ut partem faciant, nihil habituri.* »

que l'art. 913 fait dépendre la fixation de la portion disponible du nombre d'enfants que le défunt laisse à son décès. Reportons-nous, en effet, à l'esprit de la loi. Elle fait du patrimoine du père une masse commune, dans laquelle ce dernier n'a qu'une part virile disponible. Or, cette part virile reste fixée par le nombre d'enfants existants au moment du décès : un quart pour le père, s'il y a trois enfants; car la société est censée composée de quatre, lui compris ; un tiers, s'il n'y a que deux enfants; car alors elle est composée de trois personnes, et le tiers a été disponible pendant la vie du père. Or, cette disponibilité ainsi précisée au moment du décès, ne saurait prendre plus d'étendue par un fait postérieur, et qui arrive lorsque tout est consommé. La renonciation d'un enfant, manifestée après la mort du disposant, n'empêche pas que, durant sa vie, celui-ci n'ait été limité à une part précise, qu'il ne pouvait dépasser sans abus de son droit. Ce n'est pas lorsqu'il est mort, que son pouvoir de disposer peut recevoir un accroissement qu'il n'avait pas de son vivant.

Le nombre des enfants est donc la seule base à laquelle on doive s'arrêter, pour ne pas tomber dans les distinctions un peu arbitraires de notre ancienne jurisprudence française, et que je ne trouve pas généralement admises par les docteurs étrangers, qui ont examiné la question au point de vue du droit romain : car Merlinus enseigne, d'une manière générale, que l'enfant qui renonce après la mort de son père, fait nombre pour la légitime (1). Ce sont tous les enfants, en général, qui doivent être comptés, sans distinction de ceux qui acceptent, ou de ceux qui renoncent, *aliquo accepto*, ou *aliquo non accepto*.

Telle est, au surplus, l'opinion généralement admise dans

(1) *De legitima*, 1, 4, 3, n° 42.

la pratique : le texte de l'art. 913 lui est si favorable qu'on ne la discute plus au barreau (1).

785. Voyons, maintenant, notre seconde question. L'ancienne légitime, en pays coutumier, ne formait pas une masse dévolue en gros à tous les enfants ; c'était une assignation personnelle à chaque enfant, en proportion de ce qu'il aurait eu, s'il eût succédé *ab intestat* (2).

De ces principes on tirait une conclusion remarquable : c'est que, chaque enfant devant se trouver content (ce sont les termes de Ricard) quand il avait la quotité personnelle qui lui était légalement déférée, la part de l'enfant renonçant tournait au profit du légataire universel (3).

Furgole enseignait une autre doctrine pour les pays régis par le droit écrit. Se fondant sur la novelle 18 (qui modifie la Loi 8, D., *De inoff. test.*), il soutenait que la légitime n'était pas affectée à chaque enfant en particulier, comme une portion de la succession, mais que la quotité réservée était assignée à tous les enfants, pour en faire la division entre eux par égales parts et portions (4) : il tirait de là la conséquence que la part du renonçant accroissait, *jure accrescendi*, aux autres enfants. L'opinion de ce savant auteur était généralement suivie en pays de droit écrit (5). Mais il était trop difficile de l'accommoder à l'art. 298 de la coutume de Paris, pour la faire recevoir en pays coutumier. Vraie dans les pays régis par le droit romain, elle cessait de l'être sous l'empire des coutumes.

(1) *Contra*, Delvincourt, note 7 de la page 64. MM. Valette, *Droit*, 17 décembre 1845. Ginouilhac, *Revue étrangère*, 1846, p. 460. Marcadé, t. III, n° 536.

(2) Arg. de l'art. 298 de la coutume de Paris.

(3) Lebrun, *loc. cit.*

(4) Furgole, *loc. cit.*, n°s 144 et 148.

(5) Merlinus, *De legitim.*, 1, 4, 3, n° 42, et il cite Paul de Castro et autres.

Le Code Napoléon, ainsi que nous l'avons déjà dit, en divisant le patrimoine du père de famille en deux parts, a dévolu la quotité indisponible *in solidum*, aux héritiers réservataires, pour que cette quotité formât la succession; il a voulu, de plus, que la part de l'héritier renonçant accrût à ses cohéritiers (art 786). Il s'ensuit donc que ce sont les héritiers du sang, saisis de la succession, qui profitent de la légitime de l'héritier qui renonce. Le Code a adopté, dans ses résultats, un système conforme au droit de Justinien, et beaucoup plus favorable aux enfants que la législation qui faisait passer aux légataires universels la portion du renonçant.

786. Ceci nous conduit à une troisième question bien plus délicate, et que nous posons de la manière suivante :

» L'enfant qui renonce à la succession de son père, pour » s'en tenir au don qui lui a été fait par celui-ci, ne peut-il » retenir que la quotité disponible fixée par l'art. 913, » ou bien peut-il retenir cette quotité, et de plus sa » réserve? » de sorte que les autres enfants doivent se trouver satisfaits lorsqu'ils reçoivent ce qu'ils auraient reçu, si la quotité disponible eût été donnée à un étranger, et si le renonçant n'eût pas renoncé?

Les auteurs et les tribunaux se sont partagés sur l'affirmative et la négative, et un dissentiment profond existe, depuis trente ans, sur cette grave question, soit dans les idées du Nord, soit dans celles du Midi, soit entre les auteurs de toutes les écoles, soit enfin dans la jurisprudence (1).

Tout le monde convient, au reste, que l'enfant renonçant n'a pas d'action pour réclamer sa légitime, puisque cette

(1) *Revue de législation*, t. 18, p. 435, art. de M. Paul Pont. *Revue étrangère* 1844, p. 630. Zachariæ, t. V, p. 144.

légitime fait partie de l'hérédité et qu'il a repoussé la qualité d'héritier; mais la difficulté commence quand, ayant reçu de son père un don égal à la valeur de sa légitime et à la quotité disponible cumulées, il se défend par exception, pour le conserver, contre l'action des autres enfants.

Les partisans du cumul de la quotité disponible avec la réserve font valoir les raisons suivantes (1), dont la gravité n'échappera à aucun esprit attentif :

« La législation ancienne, à laquelle il faut toujours avoir » recours pour éclaircir les difficultés des lois actuelles, » donnait à l'enfant renonçant la faculté de retenir, outre son » don, une quotité égale à sa légitime. Il faisait tout ce que » la loi l'obligeait à faire, en payant aux légitimaires ce qui » leur était personnellement dû à ce titre. La novelle 92 » en contenait une disposition expresse pour les pays de » droit écrit.

» Quant aux pays coutumiers, quoiqu'il fût nécessaire » d'être héritier pour intenter l'action en légitime, il n'était » pas nécessaire d'avoir cette qualité pour conserver cette » légitime par voie d'exception, et pour repousser l'action

(1) Grenier, t. IV, nos 563 et suiv. Levasseur, *Portion disponible*, no 159, p. 168. Proudhon, *Consultation* rapportée par Sirey, t. XVIII, 1, 105. Rolland de Villargues, *Dissertation* dans Sirey, t. XIII, 2, 201; Beautemps Beaupré, *De la port. disp.*, t. 1, nos 165 et suiv.; Vernet, *Quotité dispon.* p. 392 et suiv., et *Dict. du Not.*, 4 édit., vo *Portion disponible*, nos 387 et suiv. Toulouse, 7 août 1820 (Devill., 6, 2, 304). Paris, 31 juillet 1821 (Devill., 6, 2, 457). Lyon, 22 juin 1843 (Devill., 44, 2, 289). Lyon, 13 juin 1844 (Devill., 45. 2, 551). Montpellier, 14 mai 1845 (Devill., 45. 2, 550). Toulouse, 9 août 1845 (Devill., 46, 2, 6 et 7). Tribunal de Figeac, 4 déc. 1845 (Devill., 46, 2, 7). Paris, 3 fév. 1846 (Devill., 46, 2, 62). C. Aix, 27 juin 1853 (*Gazette des Tribunaux* du 30 oct. 1853). Nîmes, 7 juill. 1856 (*J. Pal.* 1860, p. 987). Paris, 19 avr. 1856 (*J. Pal.* 1857, p. 571). Colmar, 9 fév. 1858 (Devill., 60, 2, 454).

Nous verrons que la cour de cassation, après avoir repoussé ce système, l'a adopté.

» en retranchement des objets donnés. C'est ce qu'enseignaient Dumoulin, Ricard, Pothier et tous les jurisconsultes.

» Ricard (1), après avoir dit que l'on ne doit pas faire entrer dans la supputation de la légitime les enfants qui ne prennent pas part, soit par incapacité, soit par l'effet d'une renonciation pure et simple, ajoute : « Ce que nous venons d'établir en général, doit recevoir, à mon avis, son exception, lorsque l'enfant, qui ne prend point de part en la légitime, n'est pas absolument incapable et qu'il n'a pas renoncé purement et simplement, mais *aliquo accepto*, comme quand le fils, qui a reçu quelque chose de la libéralité de son père, trouvant plus d'avantage à conserver ce qui lui a été donné, qu'à se hasarder de rapporter à la masse et au profit des autres ce qu'il aurait reçu de plus, renonce à la succession (2) ».

« Telle est aussi la doctrine de Pothier. « Tous conviennent, dit-il, que s'il est nécessaire d'être héritier, pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être, pour la retenir par voie d'exception (3) ».

« L'art. 317 de la Coutume de Paris était rédigé dans ces principes, et l'ordonnance de 1731 les avait consacrés par son art. 34.

» Ce que l'ancienne législation décidait sur ce point doit être suivi sous le Code Napoléon ; car d'une part, le Code n'a pas de dispositions explicites relativement à la difficulté agitée; et de l'autre, il semble que, dans son silence, on doit s'en référer aux principes, que l'équité et la saine raison avaient fait universellement admettre par nos maî-

(1) Ricard, part. 3, n° 1063.
(2) Ricard, *loc. cit.*, nos 1064 et 1065.
(3) *Donat. entre-vifs*, et sur Orléans, *Introd. au tit.* 15, n° 76.

» tres en jurisprudence. Cela surtout devient évident, si l'on
» se reporte aux discussions du conseil d'État sur l'art. 921;
» on voit que, dans l'intention des rédacteurs du Code, la ré-
» serve a été attribuée à l'enfant comme enfant et non comme
» héritier. D'ailleurs le Code n'a pas défini littéralement les
» mots *portion disponible*. Mais la raison dit qu'on doit
» entendre par là tout ce dont une personne peut disposer
» sans porter atteinte à la part de ses héritiers à réserve, autres
» que le donataire. Aussi la quotité disponible d'un père
» envers un étranger est tout son patrimoine, moins la part
» réservée à ses enfants : et celle d'un père en faveur de l'un
» de ses enfants est tout le patrimoine, moins la part com-
» pétente à chacun des autres enfants, c'est-à-dire toute la
» quote qui était disponible envers un étranger, et de plus la
» part de réserve que la loi assigne à cet enfant donataire. D'où
» il suit qu'il y a deux sortes de quotités disponibles : l'une
» absolue à l'égard des étrangers, l'autre relative en faveur
» des héritiers à réserve. La quotité disponible, dont parlent
» les art. 845 et 919, est une quotité relative; elle comprend
» la quotité disponible ordinaire, plus une part d'enfant.

» C'est vainement qu'on objecte l'art. 786 du Code Napo-
» léon, qui décide que la part du renonçant accroît à ses
» cohéritiers. D'abord cet article ne forme pas une disposi-
» tion nouvelle, ainsi qu'on peut s'en convaincre, en jetant
» les yeux sur le Titre du Digeste *De adq. vel omitt. hæredit.*
» Mais ensuite, il faut distinguer deux sortes de renoncia-
» tions : — l'une pure et simple, absolue, indéfinie, qui fait
» disparaître l'héritier et ne lui laisse ni droits ni qualités; il
» fallait bien dire alors ce que deviendrait sa portion vacante,
» et c'est à ses cohéritiers que la loi de tous les temps l'a attri-
» buée; — l'autre, conditionnelle, et faite seulement *aliquo*
» *accepto;* et celle-ci est bien différente de la précédente :
» l'héritier ne renonce comme héritier, que pour se présenter

» ensuite comme donataire; il ne disparaît pas : il ne fait que » changer de rôle, et choisir, entre deux titres, celui qui lui » est le plus avantageux. On ne peut donc pas dire que sa » portion soit vacante, puisqu'il la recueille *alio titulo.*

» Au surplus, les enfants n'ont que deux voies pour faire » toucher aux donations faites par leur père : la voie du rap- » port et celle de la réduction. Celle du rapport ne peut avoir » lieu; car, d'après les art. 843 et 857, le rapport n'est dû » qu'entre cohéritiers venant à une même succession, et le » donataire renonce à la succession. Celle de la réduction » n'est pas plus praticable. Car les enfants ne peuvent l'in- » tenter que pour être remplis de leur légitime; or, dans l'é- » tat de choses qui fait notre hypothèse, ils ont leur légitime » intacte, et ce serait la légitime du donataire qu'ils deman- » deraien.

» Et qui ne voit les inconvénients du système contraire? » Le père, en faisant une donation universelle de ses biens » à un de ses fils, ne pourrait lui donner sa légitime, lorsque » la loi lui défend de la lui ôter! et par cela seul qu'elle au- » rait été donnée à ce fils, elle devrait appartenir aux autres » enfants! Il faudrait admettre que la quotité réservée à l'en- » fant n'est pas disponible en sa faveur, et que le père ne » peut pas se réunir à la loi pour la lui donner : résultat bi- » zarre qui fait sentir l'invraisemblance du système opposé » au cumul. Evidemment le père qui donne à l'un de ses » enfants une partie de ses biens, non-seulement ne con- » trevient pas à la loi, mais se conforme à l'intention légis- » lative qui a dicté l'art. 913. D'ailleurs, le système opposé » au cumul a un vice qui, dans le doute, doit le faire repous- » ser sans hésitation. Il tend à restreindre la faculté de dispo- » ser et à gêner singulièrement le père de famille dans ses » dispositions pour l'établissement des enfants. »

787. Quelque pressante que soit cette argumentation, elle

est loin d'avoir réuni l'unanimité des suffrages : on a cherché à la réfuter avec les principes et l'esprit du Code Napoléon (1).

« Lorsqu'une législation est établie sur des principes différents de celle qui l'avait précédée, il est impossible de tirer des inductions de l'une à l'autre. C'est cependant ce que font les partisans du cumul. Ils argumentent d'une législation abrogée à une législation toute nouvelle. Partant d'une base erronée, ils doivent donc arriver à une conclusion vicieuse.

» La réserve établie par le Code n'est, en effet, ni la légitime des pays de droit écrit, ni la légitime des pays coutumiers. Ce n'est plus une portion de la succession *ab intestat*, réservée aux enfants par la loi, pour leur assurer des aliments : c'est une quotité indisponible de la succession, déterminée sur le nombre des enfants existants au décès du tes-

(1) MM. Toullier, t. V, n° 110. Lescot, t. II, n°s 313, 315 et suiv. Dalloz, t. V, n° 47. Duranton, VIII, 255. Coin-Delisle, art. 919, n°s 11 et 15. Belost-Jolimont *sur Chabot*, art. 845; Marcadé, art. 849, n° 2 et art. 914, n° 3. Paul Pont, *Rev. de législ.*, t. 17, p. 150 et suiv. et t. 18, p. 435 et suiv. Rodière, *J. du Pal.*, 1857, p. 571. Cassat., arrêt du 17 février 1818 (S., 18, 1, 98, Devill., 5, 1, 422, connu sous le nom d'arrêt Larroque de Mons). On lira avec intérêt le savant rapport de M. Poriquet. Les conclusions de M. l'avocat général Cahier furent contraires à l'arrêt de la cour de cassation et à l'avis du rapporteur. Se sont prononcées contre le cumul les cours de Paris, le 3 mars 1844 (Devill., 45, 2, 242). Nancy, le 17 juillet 1849 (Devill., 51, 2, 394). Orléans, 5 déc. 1842 (Devill., 46, 2, 1). Rouen, 10 mars 1844 (Devill. 45, 2, 242). Riom, 25 avr. 1845 (Devill., 45, 2, 290). Grenoble, 4 août 1845 (Devill., 45, 2, 551) ; 15 déc. 1849 (Dalloz, 50, 2, 77). Rouen, 29 janv. 1847 (Devill., 47, 2, 572) ; 22 juin 1849 (Devill., 50, 2, 67). Caen, 29 déc. 1859 (Dalloz, 68, 2, 210; *J. Pal.*, 1860, p. 288 ; Devill., 602, 2, 46). Agen, 23 mai 1860 et Bordeaux, 21 août 1860 (*J. Pal.* p. 987 ; Devill., 60, 2, 460). Paris, 1 mars 1860 et Bourges, 14 juin 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 888). Mais la cour suprême a décidé le contraire, 17 mai 1843 (Devill., 43, 1, 689). Autres arrêts : 21 juillet 1846 (Devill., 46, 1, 826). 6 avr. 1847 (Devill., 54, 1, 514). 21 juin 1848 (Devill., 49, 1, 172). 17 juill. 1854 (Devill., 54, 1, 514). 23 juill. 1856 (*J. Pal.*, 1856, t. 2, p. 454). 25 juill. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 987).

tateur. Ce n'est plus, comme dans le droit romain, une délibation de l'hérédité ; c'est, au contraire, l'hérédité même. Ce n'est plus, comme dans les pays coutumiers, une quotité attribuée personnellement à chacun des légitimaires en particulier ; c'est une masse qui leur est dévolue *in solidum*, et dont ils sont saisis tous ensemble, pour ensuite se la partager entre eux.

» Si, dans le droit romain, l'héritier renonçant pouvait retenir sa légitime d'après la novelle 92, la raison en était que le légitimaire n'était pas héritier, et que par conséquent il pouvait, en répudiant, garder par devers lui une légitime, qui ne faisait pas partie de la succession.

» Si, dans les pays de coutume, où il fallait être héritier pour demander la légitime, on décidait que l'enfant renonçant à l'hérédité, pour s'en tenir à son don, pouvait retenir cette légitime par voie d'exception, c'est par la raison décisive que la quotité disponible n'était nullement limitée, et que la donation, à quelque somme qu'elle montât, n'était sujette au retranchement que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire, pour remplir chaque enfant de sa légitime personnelle. D'où il suivait que, pourvu qu'on laissât à chaque enfant sa portion particulière intacte, il devait être satisfait, et n'avait pas le droit de se plaindre de l'excès de la donation. Et comme la donation faite à l'enfant avantagé comprenait sa légitime aussi bien que les autres objets donnés, il était clair qu'il pouvait la retenir, pourvu qu'il indemnisât les autres enfants de la part légitimaire à eux dévolue en détail.

» Toutes ces raisons ne peuvent trouver place sous le Code Napoléon. La portion indisponible forme l'hérédité. La quotité disponible est limitée suivant le nombre des enfants existants au décès du disposant. La réserve est une masse qui

passe en gros, et indivise aux réservataires (1). Par conséquent, si l'un d'eux renonce, sa part accroît aux autres (art. 786), et ceux-ci ont le droit de la réclamer. On ne peut leur dire qu'ils doivent se contenter de la part qu'ils auraient recueillie, s'il n'y avait pas eu de répudiation; car la loi ne donne rien à chaque enfant pris isolément: elle donne à tous les enfants en commun (2).

» Ainsi point d'analogie à tirer de la loi ancienne à la loi actuelle. Le Code Napoléon a créé, sur les réserves, un système nouveau, dont toutes les parties doivent s'interpréter les unes par les autres, et par l'esprit qui a dirigé le législateur.

» Vainement dit-on que la réserve est attribuée à la qualité d'enfant et non à la qualité d'héritier. C'est une erreur insoutenable. La preuve que le Code Napoléon considère le réservataire comme seul héritier, c'est qu'il lui donne la saisine des biens après le décès du testateur, et que le légataire même universel est obligé de lui demander la délivrance (3); c'est pourquoi il a été très-justement décidé que l'enfant qui renonce à la succession pour s'en tenir à la réserve, ne renonce pas et qu'il retient la qualité d'héritier attachée à l'acceptation de la réserve (4). Inutile de dire qu'on peut avoir la saisine des biens sans être héritier, comme l'exécuteur testamentaire, et l'enfant douairier dans quelques anciennes coutumes. Alors la saisine est donnée à un titre différent de celui d'héritier, et ce titre est fixe et connu; c'est celui d'exécuteur testamentaire et de douairier. Mais, dans notre cas, à quel titre la saisine des biens serait-elle attachée, si ce n'est au titre d'héritier? l'enfant en a-t-il un autre possible? Car on ne dira probablement pas que c'est le titre d'enfant qui pro-

(1) Rouen, 10 (ou 3) mars 1844 (Devill., 45, 2, 242).
(2) *Ibid.*
(3) Art. 917, 1004, 1006, 1009, 1011 C. Nap.
(4) Cassation, Req., 29 mars 1842 (Devill., 42, 1, 461).

cure la saisine des biens, puisque, dans le droit romain, l'enfant simple légitimaire ne l'avait pas, et qu'elle était dévolue aux héritiers *ex testamento*, par la raison que l'enfant n'était qu'un enfant et pas héritier de la loi. Les discours des rédacteurs du Code Napoléon ne sont nullement un obstacle au système que nous soutenons. On a pu dire au conseil d'État, en discutant l'art. 921, que la réserve était donnée à l'enfant; mais il s'agissait d'un cas particulier, faisant exception. En effet, dans le cas de cet article, on a donné la réserve à l'enfant, comme enfant, afin que le créancier ne puisse pas le dépouiller. Mais cette anomalie n'est relative qu'au créancier et ne s'étend pas au delà.

» Sans doute, le Code n'a pas donné la définition des mots *quotité disponible* et *réserve;* mais il en fait la description la plus précise, celle qui peut le mieux fixer l'esprit sur le véritable sens de ces expressions ; il rend sa pensée par une opération mathématique, qui divise le patrimoine du père de famille en deux parts, dont l'une, calculée sur le nombre des enfants, est libre entre les mains du propriétaire, qui peut, à son gré, lui donner la destination qui lui convient; l'autre demeure en réserve, pour former l'hérédité, et se diviser entre les enfants légitimaires. Cette quotité disponible est une à l'égard de tous, elle est invariable suivant qu'il y a plus ou moins d'enfants au décès du disposant, et c'est par une confusion d'idées que l'on dit, qu'il y a deux sortes de quotités disponibles, l'une à l'égard des étrangers, l'autre à l'égard des enfants. Le Code n'a pas fait cette distinction et ne devait pas la faire dans le système qu'il a créé. Sans doute le père de famille peut, par une clause expresse, réunir sur la tête d'un de ses enfants la quotité dont il pouvait disposer envers un étranger et sa part d'enfant. Mais il ne s'ensuit pas que cet enfant avantagé tienne ces deux choses à titre de quotité disponible ; il ne peut les re-

cueillir qu'à deux titres différents, que l'on s'obstine à vouloir confondre ensemble. La part d'enfant, il ne peut l'appréhender qu'à titre d'héritier; car c'est *legitima pars hæreditatis*. La quotité disponible, il ne la prend que comme donataire étranger. Or, si cette proposition est véritable, il s'ensuit nécessairement, qu'il n'y a qu'une sorte de quotité disponible, et que c'est par un abus de mots qu'on en crée une à l'égard des enfants; il s'ensuit encore que les mots *réserve* et *quotité disponible* présentent deux sens différents, et que ce qu'on a à titre de réserve, on ne peut l'avoir à titre de quotité disponible, l'une étant l'hérédité même, l'autre n'étant qu'une délibation de l'hérédité. Donc, il est faux de dire que l'enfant avantagé puisse recueillir, à titre de quotité disponible, la quotité disponible ordinaire, plus une part d'enfant.

» C'est une couleur qui n'a rien de réel que de dire, comme M. Proudhon, que la part d'enfant est disponible du père au fils. Il n'y a plus aujourd'hui, à proprement parler, de part qu'on puisse appeler part d'enfant; il n'y a qu'une quotité disponible et une quotité indisponible. Celle-ci est donnée indivisément à tous les enfants, de telle sorte que l'indivision ne cesse que par leurs concours, c'est-à-dire par l'appréhension de parts égales. Mais, si l'un d'eux ne vient pas prendre la part, l'indivision ne se fait pas quant à lui, et la solidité demeure à ceux qui recueillent; c'est le droit d'accroissement consacré par l'art. 786 du Code Napoléon.

» A quoi servirait au père de donner à son fils ce que la loi lui attribue et ce qu'il ne peut pas lui ôter? Ce ne serait pas lui qui donnerait, ce serait la loi, et il ne pourrait donner que sous les conditions exigées par la loi, et au même titre que la loi. Or la loi ne donne qu'à l'héritier; donc le père de famille ne peut, plus puissant que la loi, donner la portion réservée et légale à celui qui ne se porterait pas héritier. Qu'il exerce son pouvoir tant qu'il voudra sur les biens

disponibles; mais qu'il respecte cette part sacrée, que la loi a voulu mettre au-dessus de toute disposition capricieuse. En permettant à son fils de prendre la réserve sans être héritier, il disposerait d'une chose déclarée indisponible, et la loi, qui conserve toujours son empire, ne permettrait pas que, par un caprice, il vînt modifier les conditions desquelles elle fait dépendre le droit de venir à partage dans la quotité disponible. Donc, il faut que l'enfant, à qui sa part de légitime a été donnée par anticipation, se porte héritier pour la retenir, puisque cette part est *legitima pars hæreditatis*. S'il répudie, sa part accroîtra aux enfants ses cohéritiers, et il ne pourra la retenir même par exception; car on ne peut retenir par exception, que lorsque celui qui demande n'a pas de droits et par conséquent point d'action. Mais ici les enfants acceptants ont un droit qui n'est limité que par la défalcation de la quotité disponible et qui comprend la portion indisponible tout entière, quel que soit le nombre de ceux qui se portent héritiers.

» On ne saurait admettre la distinction, que font les partisans du cumul, entre la renonciation pure et simple et la renonciation faite *aliquo accepto*. Sans doute cette distinction était parfaitement fondée sous une législation qui ne donnait pas aux légitimaires le droit de faire réduire l'*aliquo accepto*, lorsqu'ils avaient reçu leur quote personnelle; mais aujourd'hui, elle est sans objet, puisque les réservataires ont action pour faire réduire les donations excessives de leurs auteurs, non pas jusqu'à concurrence de leur part virile, puisque la loi n'en détermine aucune, mais jusqu'à concurrence de la quotité fixée par l'art. 913.

» Le raisonnement, fait pour donner une ombre de couleur à cette distinction, paraît d'une réfutation facile : « L'enfant avantagé, dit-on, ne renonce comme héritier que » pour prendre comme donataire : entre deux titres il choi-

» sit le plus favorable ». Mais il faudrait prouver que cet enfant peut recueillir, comme donataire, ce qui n'est attribué qu'à la qualité d'héritier; il faudrait prouver qu'en ce qui concerne le réserve, il a le choix entre le titre d'héritier et celui de donataire. Au contraire, il est clair que ces deux titres ne peuvent convenir, pour l'appréhension de la part du patrimoine destinée aux enfants. Si donc l'enfant avantagé répudie, il est censé n'avoir jamais été héritier, et sa part demeure vacante; ce sont ses cohéritiers à réserve qui en profitent: pour lui, il ne retient que les biens composant la quotité disponible afférente à un étranger.

» Le dilemme par lequel les partisans du cumul veulent faire triompher leur système, n'est pas plus concluant que tout le reste. On convient que la voie du rapport ne serait pas utile pour toucher à la donation excessive; car le rapport ne peut avoir lieu qu'entre cohéritiers, et l'enfant avantagé répudie, dans notre hypothèse, cette qualité. Mais c'est en raisonnant sur une erreur matérielle, que l'on soutient *ex adverso*, que l'action en réduction est également inadmissible. De quel droit, en effet, pourrait-on dire aux enfants réclamant une réduction, qu'ils doivent se contenter d'une portion virile? Où est le texte de la loi qui la leur assigne par tête et divisément? Ne serait-ce pas les ramener sous le joug d'une législation abrogée, qui les réduisait à une portion congrue de la succession *ab intestat?* Le Code n'est-il pas parti de données tout à fait différentes? N'a-t-il pas dévolu la réserve à tous les enfants collectivement, sans détermination de parts individuelles? Dès lors n'est-il pas mille fois évident, que cette part ne peut décroître par la répudiation d'un ou plusieurs des enfants, et que ceux qui restent, devant la recueillir intacte, ont action pour faire réduire jusqu'à due concurrence, les dons qui lui ont porté atteinte?

» Les considérations qu'on ajoute pour rendre ce dernier système défavorable sont non-seulement déplacées, puisque ce n'est pas par des considérations, mais par le texte même de la loi que le juge doit se décider ; mais elles sont encore basées sur des hypothèses entièrement fausses. En effet, il n'est pas vrai de dire que l'exclusion du cumul gêne le père de famille dans l'établissement de ses enfants ; celui-ci peut trouver toute la latitude possible dans la faculté de donner à l'un deux par préciput et hors part. Mais comment les adversaires n'ont-ils pas vu que leur doctrine tend à contrarier les volontés du disposant, et à bouleverser le partage qu'il avait voulu faire de sa succession ? Ne sait-on pas que les donations faites par le père à un des enfants sans clause de préciput, ne sont censées faites qu'en avancement d'hoirie ? et dès lors, ne s'aperçoit-on pas promptement qu'en ne dispensant pas du rapport l'enfant donataire de la quotité disponibile, le père de famille n'a pas voulu l'avantager au delà de sa portion héréditaire ? Sur quel fondement voudrait-on donc que cet enfant cumulât sa part héréditaire avec la quotité disponible (1) ? Pour consacrer ces principes subversifs, il faudrait (comme l'a dit très-énergiquement M. Poriquet) distinguer où le Code n'a pas distingué, donner à l'enfant qui répudie la qualité d'héritier, ce qu'il aurait eu comme héritier ; dire que les libéralités peuvent excéder la quotité dont il est permis de disposer ; qu'on est saisi d'une partie de la succession sans être héritier ; que les héritiers ne sont pas saisis de plein droit de tous les biens, droits et actions du défunt, et que la part des renonçants ne leur accroît pas. Ce serait, en un mot, contrevenir à toutes les dispositions fondamentales du Code sur cette matière. »

(1) Arrêt de Rouen, 10 (ou 3) mars 1844 (Devill., 46, 2, 242). Jug. du tribunal de Nyons, 10 janvier 1844 (Devill., 45, 2, 244), confirmé en appel par la cour de Grenoble, le 4 août 1845 (Devill., 45, 2, 551).

788. Ce dernier système, que nous avons résumé avec une impartialité fidèle, a eu longtemps pour lui l'imposante autorité de la cour de cassation, et cette autorité a entraîné sous son drapeau plus d'un grave jurisconsulte, même au prix de dociles rétractations (1). Depuis 1818, date du fameux arrêt connu sous le nom d'arrêt Larroque de Mons, on s'était accoutumé à regarder la cour de cassation comme l'inébranlable adversaire du cumul. J'avoue que moi-même j'ai de bonne heure formé mon opinion sur l'arrêt Larroque de Mons, fort bien motivé du reste, et fait pour produire une vive impression. Mais plus tard, et après de longues années passées dans cette confiance, un revirement subit s'est opéré, et la cour de cassation s'est prononcée en faveur du cumul. Je crois que ce changement est du nombre de ceux qui marquent un notable progrès dans la jurisprudence (2).

Ce n'est pas en 1843, comme on l'a souvent dit, que s'est accomplie cette grande innovation : c'est en 1834, par l'arrêt Castille, non moins important, non moins mémorable que l'arrêt Larroque de Mons (3). Ce qui a fait illusion à quelques

(1) MM. Grenier, t. IV, n° 566 *bis*; Chabot, *Success.* sur l'art. 845.

(2) Ce n'est pas l'opinion de M. Coin-Delisle, dans sa dissertation intitulée : *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant.*

M. Moulin, dans un article du *Droit* du 30 mars 1853, croit à tort que ce changement de jurisprudence a été l'objet d'une réprobation universelle.

(3) 25 mars 1834, cassation d'un arrêt de Nîmes (Dalloz, 34, 1, 159). On a voulu remonter plus haut pour trouver l'origine de ce changement de jurisprudence, et l'on a cité l'arrêt Saint-Arromans, du 8 juill. 1826 (*infra*, n° 985) et l'arrêt Mourgues, du 11 août 1829 (Devill., 9, 1, 352; *J. du Pal.* à sa date *infra*, n° 987 *in fine*); mais l'erreur est palpable, et il faut se garder d'une telle confusion : ces deux arrêts ne jugeant qu'une question d'imputation et nullement une question de cumul en cas de renonciation. Dans l'arrêt Saint-Arromans il n'y avait pas la moindre apparence de notre question : car il n'y avait pas même d'héritier renonçant pour s'en tenir à son don. Dans l'arrêt Mourgues, il y avait, à la vérité, un héritier renonçant; mais ses cohéritiers s'étaient accordés pour lui laisser volontairement l'effet entier de son don. Il n'y avait aucune contestation sur l'étendue de ce don; tout le procès était en-

interprètes, c'est que la question a été tranchée dans cet arrêt, à propos d'une question d'imputation. Il s'agissait, en effet, en premier ordre, de savoir si un don, fait en avancement d'hoirie par contrat de mariage, devait être imputé sur la portion disponible ou sur la réserve, en cas de renonciation de la fille donataire. Mais, en second ordre, naissait la question de savoir si, l'imputation devant être faite sur la réserve, la fille renonçante devait restreindre son don à la part qu'elle aurait eue dans la réserve si elle n'eût pas renoncé; ou bien si elle pouvait, au contraire, s'en faire payer tant sur la réserve que sur la portion disponible. Le tribunal de première instance d'Uzès et la cour de Nîmes, considérant que le père avait fait un simple avancement d'hoirie, avaient décidé que la fille n'avait reçu qu'une anticipation sur la réserve; mais ils avaient en même temps décidé que cette dernière ne pouvait retenir son don que jusqu'à concurrence seulement de la réserve légale; il avaient donc exclu le cumul. Mais la cour de cassation, tout en adoptant le système de l'imputation du don sur la réserve, décida expressément que la fille donataire pouvait et devait se faire payer de son don, d'abord sur la réserve, et ensuite sur la quotité disponible. Et c'est aussi ce qui fut décidé par la cour d'Aix saisie de l'affaire par renvoi après cassation (1). Cette cour impériale infirma en ce que le premier juge avait pensé que l'avancement d'hoirie ne devait se prendre que sur la réserve; elle statua que la donation devait tenir en entier; que, n'ayant été révoquée par aucun fait quelconque, et étant d'ailleurs irrévocable de sa nature, elle devait sortir à effet pour le tout, en cumulant la réserve avec la quotité disponible. Il

tre le frère et la sœur de cet héritier, pour savoir si, pour opérer entre eux la liquidation, il fallait imputer le don fait au renonçant sur la réserve ou sur le disponible.

(1) 13 fév. 1835 (Dalloz, 35, 2, 97).

est donc certain que l'arrêt Castille est le principe du changement de jurisprudence que nons signalons, et M. l'avocat général Hello l'interprétait exactement, lorsqu'en 1843 il le représentait comme ayant cette haute portée (1). Il dévie, en effet, du chemin tracé par l'arrêt Larroque de Mons : il veut qu'un enfant renonçant puisse prendre sa donation sur la réserve, c'est-à-dire sur cette partie de l'hoirie que l'arrêt Larroque de Mons avait déclarée être tout à fait étrangère à l'enfant renonçant.

Quant à l'arrêt de la cour de cassation, du 17 mai 1843, portant cassation d'un arrêt de la cour d'Angers, il continue et élargit les voies ouvertes par l'arrêt Castille (2).

La veuve Leproust avait fait à ses deux fils, Louis et Clément, un avancement d'hoirie de 550 francs chaque ; elle décéda laissant quatre enfants : Louis déclara renoncer à la succession pour s'en tenir à son don ; Clément ne renonça pas.

Le tribunal de première instance avait pensé, avec l'arrêt Larroque de Mons, que la renonciation de Louis faisait de lui un étranger ; qu'il n'avait pas droit, dès lors, à la réserve ; qu'il n'y pouvait rien prendre et devait se contenter de la portion disponible, sans la légitime. La cour d'Angers confirma cette décision. Mais son arrêt fut cassé, ainsi qu'il suit :

« Attendu que le père de famille ne peut entamer la ré-
» serve légale au préjudice de ses enfants.

» Que s'il a disposé en faveur de l'un d'eux, la renoncia-
» tion de celui-ci à la succession paternelle, pour s'en tenir
» à la donation à lui faite, n'a d'autre résultat que de lui
» donner le droit de retenir dans les limites de la loi, ce qui

(1) Devill., 43, 1, 693.
(2) Devill., 43, 1, 690.

» lui a été donné; mais que par là, il n'abdique pas sa part » dans la réserve légale, à laquelle sa qualité d'enfant lui » donne droit; que cela résulte de la combinaison des arti- » cles 845 et 919 du Code Napoléon; d'où il suit qu'en dé- » cidant que l'enfant donataire, qui renonce à la succession » paternelle, perd sa légitime, parce qu'il n'est plus héritier, » l'arrêt attaqué a violé les lois précitées, etc., etc. »

On touchera facilement du doigt la liaison intime de cet arrêt avec l'arrêt Castille. Dans l'arrêt Castille, comme dans celui-ci, la réserve est donnée à l'enfant renonçant, parce qu'il est enfant et non parce qu'il est héritier; dans le premier arrêt, comme dans le second, on permet à cet enfant de retenir la totalité de son don dans les limites de la loi et de joindre, pour cela, la réserve à la quotité disponible.

Maintenant, pour montrer combien est complet le changement de jurisprudence, nous ferons remarquer que, dans l'arrêt Larroque de Mons, c'était un fils à qui sa mère avait fait une donation en mariage, tellement large qu'on aurait pu la considérer comme universelle; c'était une donation qui (ainsi que le faisait remarquer M. Proudhon dans une consultation donnée sur l'affaire) (1) équivalait à réduire les autres enfants à leur légitime, en donnant tout le surplus à l'autre; car Larroque de Mons était donataire de tous les biens, à la charge seulement de souffrir les retranchements pour la légitime de ses frères et sœurs : cette donation ne pouvait donc subsister, dans l'intention de la mère donatrice, qu'en réunissant à toute la portion disponible une part d'enfant. Dans cette position, Larroque de Mons disait : Ma mère m'a donné tout son patrimoine, moins les réserves des autres enfants. Est-ce que cette disposition peut souffrir des difficultés? est-ce que tout n'était pas disponible pour elle et

(1) Devill., 5, 1, 429.

à mon égard, excepté la légitime de mes frères et sœurs? Il faudrait donc, s'il en était autrement, que ma légitime, à moi, fût travestie en légitime pour les autres? il faudrait donc que ma mère n'eût pu disposer, en ma faveur, de ma propre légitime? il faudrait donc qu'elle appartînt aux autres, sans tenir compte de ce qu'elle m'a été donnée à moi-même?

Nonobstant ces raisons, nonobstant la volonté clairement manifestée de la mère, la cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Bordeaux du 30 janvier 1816, décida, le 18 février 1818, que la renonciation de l'enfant lui faisait perdre tout droit à sa légitime, et Larroque de Mons fut condamné à se contenter de la quotité disponible seule, sans pouvoir rien y joindre de la réserve (1). Voilà le sens de l'arrêt Larroque de Mons.

Dans les arrêts Castille et Leproust, il s'agissait aussi de donations qui, bien que qualifiées d'avancement d'hoirie, ne pouvaient subsister qu'en réunissant à la réserve une part de la quotité disponible. C'était donc, au fond, la même question que dans l'arrêt Larroque de Mons, malgré quelques nuances dans les faits. Si la cour eût voulu persister dans sa jurisprudence, elle aurait exclu de la réserve les enfants renonçants. Elle ne le fit pas cependant, et les admit à cumuler leur légitime avec une fraction de la quotité disponible nécessaire pour que la donation subsistât dans son entier.

Il y a donc abandon réfléchi, géminé de la première jurisprudence, et la question se trouve résolue *in terminis*, dans le sens du cumul.

789. Maintenant résumons les idées auxquelles la jurisprudence paraît se fixer.

(1) Devill., 5, 1, 432.

L'enfant renonçant n'abdique pas par là son droit à la légitime dont il est saisi par un don. Cette légitime est due à sa qualité d'enfant réunie à celle de donataire, et il n'a pas besoin de la qualité d'héritier; rien n'empêche donc que, pour retenir son don, il ne cumule une part d'enfant et la portion disponible. Les autres enfants doivent se trouver satisfaits, quand ils retirent leur réserve intacte.

Par suite, soit que la donation soit tout simplement une donation faite en avancement d'hoirie, soit qu'elle soit conçue de manière à comprendre tout à la fois un avancement d'hoirie et la quotité disponible, elle doit toujours être maintenue, dans la limite légale, au profit de l'héritier renonçant à la succession; et pour arriver à ce résultat, il ne faut pas hésiter à ajouter la réserve au disponible, ou le disponible à la réserve. La donation en avancement d'hoirie n'exclut pas le droit du renonçant d'imputer le don, sur la réserve d'abord, et sur le disponible ensuite. Car elle forme pour lui un titre irrévocable; il faut qu'elle sorte à effet, pourvu qu'elle n'affecte pas l'excès des donations inofficieuses. S'il est nécessaire que le disponible soit mis à contribution pour assurer cette irrévocabilité, il faut prendre sur cette part du patrimoine ce qui est nécessaire : telle est la conséquence de l'irrévocabilité de la donation (1).

Lors même que le père de famille, après avoir donné à Primus un avancement d'hoirie, donnerait à Secundus la quotité disponible, Primus, en renonçant à la succession pour s'en tenir au don, aurait le droit de le retenir, d'abord sur la réserve, et subsidiairement sur le disponible. La donation postérieure du disponible, faite à Secundus, ne peut porter atteinte à une donation antérieure irrévocable (2).

(1) Arrêt Leproust.

(2) Arrêt Castille précité. Lyon, 2 mars 1836 (Devill., 362, 566).

790. Par là se trouvent écartés les biais intermédiaires imaginés par un arrêt de Caen du 25 juillet 1837 (2).

J.-Jacques-Etienne Leboucher décède, en laissant six enfants, dont cinq renoncent à sa succession. Parmi ces derniers, trois avaient reçu un avancement d'hoirie, savoir, la dame Legrain, Gabriel Leboucher, et la dame Dudonney. Un seul, madame Dionis, accepte sous bénéfice d'inventaire. Elle soutient que, par la renonciation de ses frères et sœurs, toutes les parts des renonçants dans la réserve lui accroissent; qu'elle doit par conséquent recevoir les trois quarts de l'hoirie, et que les trois enfants, donataires et renonçants, doivent se contenter du quart disponible et partager entre eux. Les donataires répondent, au contraire, qu'ils ont le droit de conserver leurs donations jusqu'à concurrence de la part de chacun dans la réserve; mais le premier donataire prétend, du reste, avoir le droit de joindre à sa réserve légale toute la quotité disponible.

La cour de Caen a examiné cette situation sous un double rapport : d'abord à l'égard des donataires renonçants et de l'enfant acceptant, ensuite à l'égard des donataires entre eux.

C'est dans l'intérêt des enfants, dit la cour, que des restrictions ont été apportées aux libéralités du disposant et que l'on a divisé sa fortune en réserve et quotité disponible. Il est donc permis au père de donner à l'un de ses enfants la quotité disponible, et à plus forte raison de lui donner, par avancement d'hoirie, ce dont il lui est interdit de disposer à l'égard des étrangers.

Il ne fait de tort à personne, il agit dans le sens de la loi en donnant par sa volonté ce que la loi promet par la sienne.

(1) Devill., 37, 2, 436.

Ceci posé, celui qui donne en avancement d'hoirie, ne peut raisonnablement être réputé avoir voulu donner tout ou partie de la quotité disponible, avant de s'être libéré, envers l'enfant donataire, de sa part dans la réserve. On est toujours présumé s'acquitter d'une obligation, avant de faire une donation de biens, dont on peut disposer en faveur d'autres individus. Les donations faites aux enfants sont donc censées devoir s'imputer d'abord sur la réserve.

Dira-t-on que, pour y prendre part, il faut être héritier? Nullement.

Les donations entre-vifs ne sont réductibles que pour assurer aux enfants leur réserve légale; le droit des enfants à la réserve légale leur est attribué en raison de leur qualité particulière de descendants; en l'exerçant, ils ne sont pas soumis nécessairement à toutes les obligations imposées aux héritiers (art. 921). Quand les enfants demandent la réduction, ils n'ont d'autre but que d'avoir la part que la loi leur attribue dans la réserve légale, réserve qui a été établie, autant dans l'intérêt de celui qui l'a reçue du vivant de son père, que de celui qui est obligé de la demander après sa mort.

Cette réserve est fixée suivant le nombre des enfants existants à l'époque du décès, et non suivant le nombre des enfants acceptants.

L'enfant, qui renonce pour s'en tenir à son don, se défend, par voie d'exception, pour conserver ce que son père lui a donné. En retenant son don, il doit donc imputer, d'abord son don sur la réserve légale, et le surplus sur la portion disponible.

Mais cette double imputation a des limites, et c'est ici que la cour de Caen s'occupe de la position des donataires entre eux. Elle s'empare de l'art. 845; elle en pèse les termes; elle en conclut que l'imputation se doit faire de

manière que chaque donation se renferme dans les bornes de la quotité disponible.

Par ce moyen, dit-elle, on rend facile et équitable l'application de l'art. 845. Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs donataires, on accorde au premier sa part d'enfant et une part dans la quotité disponible, de telle sorte qu'il ne puisse conserver en tout que la quotité disponible; on accorde au second sa réserve et ce qui reste de la quotité disponible, mais de manière qu'il ne puisse avoir en tout plus que la quotité disponible; et ainsi de suite, à l'égard des autres donataires, jusqu'à ce que la portion disponible soit épuisée, les derniers donataires conservant seulement leur part dans la réserve. En entendant ainsi l'art. 845, on se conforme, autant que possible, à la volonté présumée du donateur, qui n'avait fait que des donations sujettes à rapport, et l'on fait produire effet aux dernières donations, en conservant le plus possible l'égalité entre enfants.

Si l'on décidait autrement, on ferait dépendre le sort des donations postérieures de la volonté des premiers donataires; ce qui ne saurait être admis.

Mais ce qui saurait encore moins l'être, c'est que l'enfant acceptant réduisît les donations faites par son père aux autres enfants, de manière à les faire considérer comme étrangers, età les dépouiller de cette qualité d'enfant qui leur attribue une réserve. Ainsi, dans l'espèce, on ne saurait admettre que madame Dionis prît les trois quarts de la succession, en réduisant les donations de ses frères et sœurs, et condamnât ceux-ci à se contenter du quart disponible à partager entre eux.

Par tous ces motifs, la cour autorise la femme Legrain à retenir, sur les valeurs à elle données par son père, d'abord sa part d'enfant et de plus une fraction de la quotité disponible, mais de sorte qu'en tout le don n'excède pas la quotité disponible; elle autorise Gabriel Leboucher, second dona-

taire, à agir de même; elle décide que la dame Dudonney, contente de sa donation, ne doit pas subir de retranchement, parce que cette donation est inférieure à la somme égale à la quotité disponible.

Cet arrêt a été trouvé ingénieux, et je ne dis pas le contraire; mais, en jurisprudence, ce qui est ingénieux n'est pas toujours vrai : c'est ce qu'on peut dire de cette décision. Elle donne un sens forcé à l'art. 845 du Code Napoléon; en voulant que toutes les donations en avancement d'hoirie soient réduites à un chiffre égal, c'est-à-dire au chiffre de la portion disponible, jusqu'à ce que cette portion soit épuisée, elle met les avancements d'hoirie sous le niveau d'une limite égale, à peu près comme sont les légitimes; la vérité est que les premières donations font obstacle aux secondes, parce qu'elles sont irrévocables et que le père de famille n'a pu y porter atteinte. Une donation n'est pas réductible dans l'intérêt d'une autre donation; elle n'est sujette à retranchement que dans l'intérêt de la légitime. Une seconde donation ne fait donc pas obstacle à la première; c'est, au contraire, la première qui l'emporte sur la seconde. La cour de Caen est tombée dans une erreur aussi forte que celle du tribunal d'Uzès, qui, dans l'affaire Castille, avait cru devoir limiter l'avancement d'hoirie à la légitime. La cour de Caen le limite au chiffre de la portion disponible; ce qui ne vaut pas mieux. L'arrêt Castille a établi que la première donation doit se payer aux dépens de la seconde, dans les limites de la loi (1). Ainsi l'exige le principe de l'irrévocabilité de la donation.

791. Maintenant que nous avons constaté le véritable état de la jurisprudence de la cour de cassation, recherchons si cette jurisprudence est dans le vrai.

(1) *Junge* Lyon, 2 mars 1836 (Devill., 36, 2, 366).

Quand on a fait le Code, il est certain qu'on a redouté la préférence trop grande d'enfant à enfant (1); mais on a voulu aussi que cette préférence, bien que conduisant à des inégalités marquées, pût dans certains cas se produire.

L'art. 919 en est une preuve manifeste (2). Par cet article, le législateur a permis l'inégalité entre enfants (3); c'est un point incontestable.

Mais ne l'a-t-il permise qu'à la condition d'employer le mode tracé par l'art. 919 du Code Napoléon, c'est-à-dire la donation avec clause de préciput et hors part?

Telle est la question qui se débat ici, et dans laquelle il s'agit d'arriver à l'inégalité par la voie de la renonciation à la succession et de la rétention du don.

Sur ce point, il est fort difficile d'argumenter exclusivement et du droit romain et du droit coutumier. Le premier s'accorde bien avec le Code Napoléon, pour voir, dans la légitime, une masse assignée *in globo* à tous les enfants, sauf à la partager ensuite. Mais, à la différence du Code Napoléon, la légitime n'est pas pour lui l'hérédité, et l'on peut la prendre sans se porter héritier.

D'un autre côté, si le droit coutumier tombe d'accord avec le Code Napoléon pour voir dans la réserve l'hérédité même, il en diffère en ce qu'il ne voit dans la légitime qu'une assignation individuelle, dont chaque enfant doit se trouver content, sans pouvoir prétendre que la part du renonçant lui accroisse.

Il ne faut donc ni se confier tout à fait au droit romain, ni se livrer sans distinction au droit coutumier : il faut concilier leurs principes avec les modifications que le Code leur a fait subir. Il y a un sage éclectisme à tenir, pareil à celui qui

(1) M. Berlier (Fenet, t. XII, p. 312).
(2) Cambacérès (Fenet, t. XII, p. 331).
(3) M. Treilhard (Fenet, t. XII, p. 329).

avait guidé Dumoulin, lorsque, placé en présence du droit romain et de coutumes incomplètes, il avait jeté sur notre question ces vives lumières que le temps n'a pu obscurcir.

Assurément, il faut reconnaître que, dans les principes du Code Napoléon, nul ne peut demander une légitime, s'il répudie la qualité d'héritier ; mais on ne s'étonnera pas non plus qu'une personne puisse retenir, par voie d'exception, ce qu'elle ne pourrait demander par action. Ainsi l'on comprend à merveille que, dans le droit coutumier, tel qu'il était fait du temps de Ricard, Lebrun et Pothier, l'enfant renonçant gardât la légitime sans être héritier, quoique la légitime fût une partie de l'héridité. Pourquoi cela ? parce que la légitime étant une assignation individuelle, une portion de la portion qu'on aurait eue *ab intestat*, on devait se trouver satisfait, quand on avait cette part. Quel aurait été l'intérêt du demandeur ? Il avait ce que la loi lui accordait : il était rempli. De plus, d'après les principes coutumiers, ce n'était pas à lui qu'accroissait la part du renonçant; c'était au légataire universel. Son action périssait donc par le plus grand de tous les vices, le défaut de cause et d'intérêt, et l'enfant renonçant triomphait par son exception.

Aujourd'hui, il faut bien le reconnaître, le Code Napoléon repousse plusieurs de ces idées. Il veut que, comme dans le droit romain, la part du renonçant accroisse aux enfants (art. 786) (1). D'un autre côté, il fait de la réserve une masse compacte, assignée aux enfants *in globo*, comme dans le droit romain, et non pas à titre d'assignation individuelle comme le droit coutumier. Contester ces points de droit, ce serait contester l'évidence.

Mais de ces différences il ne faudrait pas trop se hâter de

(1) Voy. la dissertation de M. Ginoulhiac, *Revue étrangère*, t. II, p. 443 ; t. III, p. 377 et 493.

conclure que l'opinion des jurisconsultes coutumiers est incompatible avec le Code Napoléon, et une grande autorité peut arrêter toute précipitation à cet égard. C'est l'opinion de Dumoulin, si importante en cette matière : car il est l'auteur de l'adage : *Non habet legitimam nisi qui hæres est* (1). Écoutons-le parler (2).

« Un homme a trois fils; il donne tous ses biens à deux. Celui qui n'a rien reçu se porte seul héritier, et demande le tiers des biens (lequel tiers est, d'après la novelle 18, la réserve attribuée en masse aux enfants). J'ai répondu qu'il ne peut intenter la querelle d'inofficiosité que pour sa part virile dans la réserve, que la loi attribue à tous les enfants, quand ils viennent *ab intestat*. S'il en était autrement, un père, ayant trois enfants, ne pourrait donner à l'un plus qu'à l'autre qui renonce à la succession. De plus il faudrait dire qu'un père ayant dix enfants déjà pourvus et dotés, si un seul est héritier, celui-ci pourra demander la moitié de tous les biens donnés (3), comme si le père n'avait pu disposer en faveur de ses fils que de la moitié, ainsi qu'il aurait pu le faire à l'égard d'un étranger. La légitime de ce fils n'est donc que du dixième de la moitié, quoiqu'il soit seul héritier. En effet, quoique les autres renoncent à la succession et à la querelle d'inofficiosité, ils ne renoncent pas à leur légitime jusqu'à concurrence des biens donnés, qu'ils retiennent par un titre spécial et qui doivent seulement être imputés sur la légitime (4). »

Cette décision est capitale, surtout si l'on réfléchit qu'à

(1) *Sur Paris*, art. 125, n° 1.

(2) *Sur Paris*, art. 124, n° 6.

(3) D'après la novelle 18, s'il y avait plus de quatre enfants, la légitime était de la moitié des biens, et le père pouvait donner l'autre moitié.

(4) Voy. aussi Dumoulin, *De donat. in contract. matrim. factis*, n° 19. Consult. 35, n° 8.

l'époque à laquelle écrivait Dumoulin, la coutume de Paris n'avait pas encore fixé le chiffre de la légitime, comme le fit, lors de la réformation, l'article 298 introductif d'un droit tout nouveau. A ce moment, la règle de la légitime était la novelle 18, dont la pratique s'était emparée (1). Or, on sait que, dans son système, la légitime était donnée en masse aux enfants, ainsi que cela a lieu par le Code Napoléon ; et c'est dans cette hypothèse seule que raisonne Dumoulin.

Mais se laisse-t-il arrêter par cette idée, que la légitime est une masse qui doit profiter tout entière à l'acceptant? L'enfant, qui avait accepté, le soutenait : c'était la même prétention que nous avons vue consacrée par l'arrêt Larroque de Mons, et qui n'est pas neuve dans la jurisprudence. Eh bien! Dumoulin la repousse et la condamne. Il veut que l'acceptant se contente de sa part virile dans cette masse ; il veut qu'il ne puisse intenter son action d'inofficiosité que pour cette part virile. « *Respondi quod non habet quærelam* » *inofficiosi, nisi pro parte virili legitimæ debitæ ab intestato,* » *si omnes venissent ab intestato.* » Il importe donc peu que le droit coutumier ait modifié la base de la légitime, et qu'au lieu d'en former une masse comme dans le droit romain, il en ait fait une assignation individuelle. Voulez-vous la considérer comme une assignation individuelle? Ricard, Lebrun et Pothier, disent que le fils acceptant, qui a reçu cette assignation, doit se trouver content et n'a pas d'action en réduction. Voulez-vous, au contraire, que la réserve soit une masse attribuée aux enfants, ainsi que cela avait lieu avant l'article 298 de la coutume de Paris? Dumoulin est non moins positif à cet égard : il vous dit, dans cet ordre d'idées, que l'enfant acceptant n'y a que sa part virile, qu'il doit en être satisfait, et que, lorsqu'il la trouve dans la succession,

(1) Ferrières *sur Paris*, art. 298, § 1, n° 8.

il est sans action contre ses frères et sœurs, donataires renonçant à la succession.

Opposera-t-on à Dumoulin que, dans les principes du droit coutumier, la part des renonçants accroît aux acceptants? Qu'importe cette règle que nul n'entend contester? Elle suppose un abandon des choses de la succession; mais elle est sans application aucune, quand le donataire n'abandonne pas la chose à lui donnée, et qu'il la retient à un titre spécial; *retinet proprio titulo,* comme dit Dumoulin.

Tout cela écarte radicalement l'argument spécieux que M. le conseiller Poriquet tirait de la différence du droit coutumier et du Code Napoléon sur l'assignation de la réserve. M. Poriquet n'a pas fait attention que le droit coutumier a eu deux phases, celle qui a suivi la réformation et celle qui l'a précédée. La première, qui marchait dans une voie semblable au Code; la seconde, qui avait des vues différentes. Sous toutes deux, l'enfant renonçant pouvait retenir la légitime à lui donnée par le père de famille. Peut-être que, si ce précédent eût été connu de M. Poriquet, il n'aurait pas argumenté contre le cumul avec tant de confiance, et que Dumoulin aurait fait naître en lui de sérieuses objections.

792. Maintenant, pourquoi Dumoulin veut-il que l'enfant acceptant ne prenne, dans la masse indisponible que sa part virile? le voici : cette masse, créée en faveur des enfants et divisible entre eux, ne renferme, pour l'acceptant, qu'une fraction déterminée dont il doit se trouver content. Il se plaint d'inofficiosité; mais il a en main la part de la nature et de la loi. Quel est donc le tort qui lui est fait? Si ses frères et sœurs sont renonçants, cette renonciation est uniquement déterminée par des avantages qu'ils ont reçus, et qui leur tiennent lieu de leur portion héréditaire, dont le père les a saisis par anticipation; donc, si ces avantages ne leur avaient pas été faits, ils n'auraient pas renoncé. Or, s'ils

n'avaient pas rénoncé, l'acceptant n'aurait eu tout juste que ce qu'il recueille après leur renonciation; encore une fois pourquoi se plaint-il, puisqu'il est payé de sa créance naturelle? Les faveurs faites à un ou plusieurs des enfants ne doivent pas être traitées plus sévèrement que les faveurs faites à des étrangers, et il serait contraire au bon sens que le fils acceptant, qui serait entièrement indemnisé par la part qu'il recueille, si son père avait versé ses libéralités sur des étrangers, pût se dire lésé, quand c'est sur ses frères et sœurs que le père a fait porter ses marques d'affection. L'acceptant est demandeur en réduction : il doit prouver que les libéralités de son père sont inofficieuses. Il ne le prouve pas, quand la succession le couvre de sa part virile.

Telles sont, si je ne me trompe, les raisons de Dumoulin. Elles sont tirées de l'essence même des choses. Il n'y a pas là de préjugés empruntés au pays du droit écrit, comme on le dit à satiété. Dumoulin n'était pas du Midi : il était au contraire fortement imbu des idées coutumières. Mais il avait par-dessus tout un esprit pénétrant, et son coup d'œil vif et profond avait sur-le-champ saisi ces nuances.

Dira-t-on maintenant que la légitime n'est attachée qu'à la qualité d'héritier? Je n'ignore pas que c'est là le fondement et le thème favori de l'opinion opposée au cumul. Mais si cet argument est puissant pour empêcher le renonçant de demander la légitime, il ne vaut rien quand, ne demandant rien, il ne fait que se défendre contre l'articulation d'une inofficiosité démentie par les faits.

795. Mais, objecte-t-on, vous allez donc autoriser, par ce système, des avantages entre enfants, autrement que par la forme du préciput! Oui, sans doute, et c'est ce qui s'est fait de tout temps. Sous l'empire des coutumes qui avaient proclamé l'égalité absolue des enfants héritiers, on admettait que le don en avancement d'hoirie pouvait être retenu en renon-

çant, et qu'ainsi un des enfants pouvait se faire une position plus avantageuse que les autres. La renonciation, pour se tenir au don, était un moyen fréquemment usité de briser une égalité dont Coquille signalait les inconvénients. Pourquoi, sous le Code Napoléon, serait-il défendu de mettre en œuvre ce moyen si naturel et si simple, à la condition que la légitime soit respectée?

Quant à l'argument tiré de l'article 845 du Code Napoléon d'après lequel l'enfant qui renonce retient son don jusqu'à concurrence de la portion disponible, il n'a plus aucune portée pour les esprits sérieux; tant il a été battu en brèche et pulvérisé dans les discussions qui ont eu lieu devant la cour de cassation depuis 1834. Il est évident, en effet, que le don, en tant qu'il porte sur la portion disponible, ne saurait l'excéder. C'est là ce qu'a voulu dire l'art. 845. Mais il ne s'explique pas sur la question de savoir si à la portion disponible l'enfant renonçant peut joindre, en la retenant, la légitime dont il est saisi.

On argumente de certains inconvénients, et par exemple du trouble que notre système peut apporter dans les prévisions du père de famille.

Par exemple : Pierre a 120,000 francs de fortune et deux enfants d'un âge inégal. Il a des occupations lucratives; et comme il espère que sa fortune augmentera, il donne à l'aîné 60,000 fr. en avancement d'hoirie pour l'établir, pensant que lorsque le moment sera venu d'établir le cadet, l'augtention de son patrimoine lui permettra de faire le même sacrifice. Plus tard, il lui survient un troisième fils et il décède sans avoir pu faire de dispositions. S'il plaît à l'aîné de renoncer pour garder les 60,000 fr., ses deux frères seront réduits à 30,000 fr. chacun. Sur quoi se fonde cette inégalité? sur la volonté du père? Il n'a fait qu'un avancement d'hoirie sans préciput, et voilà que, par une résolu-

tion imprévue, l'aîné se donne une sorte de privilége de promogéniture. N'est-ce pas là rétablir le droit d'aînesse? Car, enfin, les aînés étant les premiers dotés, pourront profiter de cet avantage pour se faire une position meilleure que les derniers venus.

N'exagérons rien ; on peut tout ébranler en forçant les conséquences. Le père ne savait-il pas que son avancement d'hoirie pourrait devenir, par la renonciation du donataire, un don définitif? Pourquoi donc a-t-il été si loin dans sa libéralité? Pourquoi n'a-t-il pas jeté sur l'avenir un coup d'œil prévoyant? Pourquoi a-t-il choisi la forme d'une libéralité irrévocable? Il lui était si facile de se mettre à l'abri de la surprise dont on argumente, en disposant avec plus de mesure des forces de son patrimoine.

Mais voici des inconvénients bien plus graves du système que la cour de cassation a repoussé, et ceux-ci ne tendent rien moins qu'à paralyser l'autorité paternelle, à renverser toute l'économie de ses dispositions, à rendre sa prévoyance vaine et méprisée. On en a vu des exemples frappants dans la pratique, et M. le conseiller Mestadier les signalait avec force dans un rapport à la chambre des requêtes de la cour de cassation (1).

Supposons le cas suivant :

Pierre a trois enfants et une fortune de 120,000 fr. Il donne à l'aîné, en avancement d'hoirie, 48,000 fr. pour le mettre à la tête d'un commerce important. Cet enfant, au lieu de lui donner de la satisfaction, le mécontente gravement. Au contraire, les deux autres enfants le dédommagent de ses chagrins par leur bonne conduite. En conséquence, il partage entre eux la partion disponibile, s'élevant à 30,000 fr., et leur donne à chacun 15,000 francs par pré-

(1) Voy. Dalloz, 32, 1, 32.

ciput et hors part. Plus tard, deux enfants lui arrivent, et il décède dans cette situation. La portion disponibile est de 30,000 francs; la part légale de chaque enfant dans la réserve est de 18,000 francs.

Mais le fils aîné, venant déranger les combinaisons de son père, renonce à sa succession pour s'en tenir à son don jusqu'à concurrence de la portion disponible. Il garde donc 30,000 francs sur les 48,000 francs qui lui ont été donnés, et rend le surplus à la succession. Et comme ces 18,000 fr. ont été détachés de la réserve et qu'ils doivent y rentrer, les deux puînés exigeront que les 90,000 francs soient partagés, par égale portion, entre les quatre frères acceptants. Si les deux frères gratifiés du préciput prétendent une préférence sur les 18,000 francs abondonnés par l'aîné, les deux autres répondront que le don du père n'a pu porter que sur la portion disponibile; or, cette portion ayant été épuissée par le don fait à l'aîné, les libéralités ultérieures du père manquent de base. Les 18,000 francs, étant une fraction de la réserve, doivent être partagés également.

Ainsi, voilà que le fils aîné, par son caprice, peut-être aussi par son mauvais vouloir, va tout bouleverser dans la famille et réduire à néant l'autorité paternelle. De telles conséquences ne sont pas tolérables. Et quand, pour les repousser, on trouve l'opinion des jurisconsultes français de tous les âges, et parmi eux celle de Dumoulin, sans aucun texte contraire, il me semble qu'il faudrait être bien difficile, pour ne pas se laisser convaincre.

794. La mort civile, étant assimilée à la mort naturelle, dont elle était l'imitation, faisait considérer comme n'existant pas l'enfant qui en était frappé au moment du décès de son père ou de sa mère. En conséquence, cet enfant ne pouvait faire nombre pour la supputation de la quotité disponible et de la réserve. Aujourd'hui la mort civile est abro-

gée (loi du 10 juillet 1854). Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est encore incapable de recevoir par donation ou testament. Mais il ne l'est pas de succéder *ab intestat*, ni par conséquent de recueillir une réserve dans la succession de son père. Sa position ne saurait donc être assimilée à celle qui était faite autrefois au mort civil; il fait nombre pour le calcul de la quotité disponible, et il prend part dans la réserve. Car il n'est pas déchu de la qualité d'enfant ni de celle d'héritier.

795. Nous en dirons autant de l'indigne (1), en ce sens qu'il compte pour le calcul de la réserve. Mais sa part lui est enlevée et accroît à ses héritiers. Il est juste, en effet, que la part de l'ingrat profite à ceux qui ne le sont pas (2). Que d'inconvénients, d'ailleurs, n'y aurait-il pas à faire dépendre la portiou disponible de l'éventualité d'une action en indignité, qui peut durer trente ans!

796. Mais ne devrait-on pas en décider autrement, si l'enfant avait été déclaré ingrat du vivant du testateur, de telle sorte que ce fût après la déclaration d'indignité, que le testateur eût disposé de la portion disponible?

Article 914.

Sont compris dans l'article précédent, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit; néanmoins ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant.

(1) Art. 727, C. Nap. MM. Duranton, 8,300; Coin-Delisle sur 913, 10; Lescot, t. II, n° 324; Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, p. 55. *Contra*, MM. Delvincourt, t. II, p. 218, note 7; Marcadé sur 913.

(2) Merlinus, 1, 4, 3, n° 8.

SOMMAIRE.

797. Cette disposition est la conséquence du principe consacré par l'art. 740.

COMMENTAIRE.

797. Cet article est la traduction presque littérale de la loi 220, D., *De verbor, significat.* « *Liberorum appellatione* » *nepotes et pronepotes, cœterique, qui ex his descendunt,* » *continentur* (1). »

Le Code ajoute que ces descendants ne sont jamais comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession ; c'est le droit de représentation consacré par l'art. 740 du Code Napoléon. Si donc un père avait un fils unique, qui mourût laissant quatre enfants, la réserve de ces derniers, dans l'hérédité de leur aïeul, serait de la moitié, comme eût été celle de leur père. M. Levasseur (2) soutient que, dans ce cas particulier, elle devrait être des trois quarts, parce que les petits-enfants viennent alors *jure proprio* et sans avoir besoin de la représentation. Mais cette opinion, jadis réfutée par Lebrun (3), n'est pas plus vraie sous le Code Napoléon (4). Il est certain, en effet, que les petits-enfants

(1) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 669. — Il a été jugé en conséquence que l'expression *enfants* employée dans un testament, comprend *les petits-enfants*, lorsqu'il n'est accompagné d'aucun terme restrictif; et de même que l'expression *neveux* comprend les nièces, surtout quand elle est accompagnée des mots « mes héritiers naturels.» Bruxelles, 7 mai 1834, Grenoble, 15 mai 1834 (Dalloz, 35, 2, 14). Poitiers, 10 août 1858 (Dalloz, 59, 2, 108), Bordeaux, 14 juin 1859 (Dalloz, 59, 2, 201). V. Cependant Toulouse, 1er mars 1820, Bruxelles, 7 mai 1826.

(2) N° 39.

(3) *Successions*, 2, 3, 3, n° 4.

(4) Grenier, n° 558. Toullier, 5, 102. Duranton, 8, 290, etc.

ne viennent pas de leur chef, dans la succession de leur grand-père. Ils n'y viennent qu'à cause du décès de leur père, dont ils sont la continuation et la représentation; ils ne peuvent, par conséquent, avoir que ses droits; car, ainsi que le disait M. Treilhard, le trépas du père ne peut nuire ni profiter aux enfants (1).

Article 915.

Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.

SOMMAIRE.

798. De la réserve des ascendants en droit romain.
799. Les coutumes n'accordaient point de réserve aux ascendants.
800. Loi du 4 germinal an VIII.
801. Le Code a adopté les principes du droit romain en cette matière.
802. Modification que subit, devant le Tribunat, l'art. 915.
803. Du sens du mot *biens* dans cet article.

(1) Fenet, t. XII, p. 146. Voy. M. A. Dalloz, v° *Portion disponible*, 190.

COMMENTAIRE.

798. Nous avons vu ci-dessus que, dans le droit romain, une légitime était due aux ascendants (1). Les lois en donnent la raison dans un langage admirable (2). *Nam etsi pa-* » *rentibus non debetur filiorum hæreditas, propter votum pa-* » *rentum, et naturalem erga filios charitatem : turbato tamen* » *ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pie* » *relinqui debet.* »

Sous le droit du Digeste, l'ascendant avait droit au quart de ce qu'il aurait eu *ab intestat* (3).

Justitien fit un nouveau règlement de la légitime. D'après l'interprétation donnée à la novelle 18, chapitre 1, par Cujas, Doneau, Vinnius et autres, la portion afférente aux ascendants était du tiers des biens du défunt (4).

Comme l'observe Argou (5), il n'y aurait pas eu de difficulté, si les ascendants se fussent présentés seuls et sans concours. Mais, par la novelle 18, Justinien appela les frères et sœurs à la succession, conjointement avec les ascendants, pour leurs parts viriles, en sorte qu'on éleva la question de savoir si le tiers réservé aux ascendants était le tiers des biens, ou seulement le tiers de ce qu'ils auraient eu dans la succession *ab intestat*. Car, si la legitime eût toujours dû être du tiers des biens, il serait arrivé une singularité choquante, en ce que la légitime des ascendants aurait pu, dans certains cas, être plus forte que la portion héréditaire, qu'ils auraient prise dans la succession *ab intestat* (6).

(1) No 743.
(2) L., 15, D. *De inoff. test.*
(3) Instit. *De inoff. test.*, §§ 1, 3, 6. L. 1 et 8, § 8, D., *De inoff. test.*
(4) *Supra*, no 743.
(5) T. I, p. 324.
(6) *Junge* M. Grenier, t. IV, no 568.

Bartole tenait que la légitime des ascendants devait être *portio portionis quam quis habere ab intestato,* et le parlement de Paris jugeait que, dès le moment qu'il y avait des frères et sœurs, la légitime des ascendants n'était que le tiers de la portion qu'il aurait eue *ab intestat* (1).

Balde soutenait, au contraire, que, depuis la novelle 18, la légitime devait être d'un tiers des biens (2).

Domat prêta à cette opinion les lumières de son esprit judicieux (3), et d'Aguesseau la fit ériger en loi par l'art. 61 de l'ordonnance de 1735, où il est dit : « la quotité de la lé-
» gitime des ascendants, dans les lieux où elle leur est due
» sur les biens de leurs enfants ou descendants qui n'ont pas
» laissé d'enfants et qui on fait un testament, sera réglée, eu
» égard au total desdits biens et non sur le pied de la por-
» tion qui aurait appartenu auxdits ascendants, s'ils eus-
» sent recueilli leurs biens *ab intestat,* concurremment avec
» les frères germains du défunt. »

799. On sait que le droit coutumier refusait, en général, une légitime aux ascendants (4). C'était oublier les devoirs et les droits qui résultent des rapports intimes entre les pères et mères et leurs enfants (5).

800. Après les essais égalitaires de la Convention subjuguée par de folles théories (6), la loi du 4 germinal an VIII voulut rentrer dans les voies de la raison et de la justice. Nous avons dit ce qu'elle fit pour les enfants (7). Elle songea aussi aux ascendants, sans se préoccuper de la répulsion,

(1) Argou, t. I, p. 325.
(2) Henrys, t. I, liv. 6, ch, 5, quest. 16, et Bretonnier.
(3) Lois civiles, liv. 3, t. III, p. 2.
(4) *Supra,* n° 749. M. Merlin, Répert., v° *Légitime,* 3, 6.
(5) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 249).
(6) *Supra,* n° 752.
(7) *Supra,* n° 753. M. Bigot, t. XII, p. 249.

dont ils avaient été l'objet sous le droit coutumier : elle fixa leur légitime à la moitié de ce que laissait le défunt, décédé sans enfants.

801. Le Code Napoléon ne pouvait pas, plus que la loi de l'an VIII, rester indifférent aux droits des ascendants. La véritable philosophie de cette matière était dans le droit romain et non dans le droit coutumier. Le Code Napoléon n'eut aucune difficulté à accepter pour son compte des principes dictés par l'affection (1). Seulement, dans le règlement de la réserve, il a trouvé juste de s'écarter et du droit romain et de la loi de l'an VIII.

802. Dans l'origine, l'art. 915 se bornait à une disposition qui fixait à la moitié la légitime des ascendants(2). Puis, par une seconde rédaction, on combinait l'existence des ascendants avec l'existence des frères et sœurs, en faveur desquels le conseil d'État proposait détablir une réserve (3).

Le Tribunat obtint la suppression de la légitime des frères et sœurs, et proposa une nouvelle rédaction, qui fut consentie et adoptée par le conseil d'État, avec une dernière modification (4). D'après cet article, celui qui décède sans progéniture ne peut disposer que de la moitié de ses biens, s'il laisse des ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle, et des trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

803. En se servant du mot *biens*, le Code entend parler des biens composant la succession. C'est par une interprétation fausse et arbitraire que M. Levasseur, qui a trop souvent mis ses idées à la place de la loi, veut que notre article n'ait en vue que les biens qui eussent composé la portion qui fût

(1) *Supra*, nº 762.
(2) Fenet, t. XII, p. 299.
(3) Fenet, t. XII, p. 419, art. 23.
(4) Fenet, t. XII, p. 445 et 470, 471.

revenue *ab intestat* aux ascendants (1). M. Grenier a fort justement réfuté la doctrine de cet auteur (2).

804. Le mot générique d'*ascendants*, qui se trouve dans l'article, comprend les aïeux, à quelque degré qu'ils soient. Il est donc certain que ce ne sont pas seulement les père et mère qui ont droit à une réserve, mais encore les aïeux, suivant les distinctions que nous expliquerons tout à l'heure.

Ce droit accordé aux aïeux a paru étrange à beaucoup d'auteurs. Les aïeux, a-t-on dit, ne succèdent pas *ab intestat*, quand le défunt laisse des frères et sœurs. Ceux-ci, plus privilégiés qu'eux, les excluent de l'hérédité. Comment se fait-il donc que le Code n'accorde pas de légitime aux frères et sœurs, tandis qu'il en accorde aux aïeux? Comment concilier cette préférence donnée aux frères et sœurs sur les aïeux, dans la succession *ab intestat*, avec la préférence donnée aux aïeux sur les frères et sœurs, dans le cas de succession testamentaire?

Ce reproche d'incohérence est plus apparent que réel.

Et d'abord, on verra tout à l'heure, que quand il y a coexistence des aïeux et des frères et sœurs, le droit de légitime des aïeux disparaît, en vertu des principes de la succession *ab intestat*, qui exercent ici leur autorité, et enlèvent aux aïeux la qualité de successibles.

Sous ce rapport donc, il y a harmonie parfaite entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire.

Ce n'est que lorsqu'il n'y a que des aïeux sans frères ni sœurs, qu'on peut trouver une certaine couleur à la critique que nous avons formulée.

Mais réfléchissons qu'en principe les frères et sœurs n'ont pas de droit parfait sur la succession de leurs frères et

(1) N° 32.
(2) N° 577.

sœurs (1). La succession *ab intestat*, qui leur est déférée, se fonde sur une présomption de volonté, qui cesse quand le testateur a disposé de toute sa fortune pour d'autres que pour eux.

Les ascendants, au contraire, comme nous l'avons dit ci-dessus (2), reçoivent de la nature un droit positif sur la fortune de leurs enfants, qui, par une juste réciprocité, sont obligés d'assurer l'existence de ceux à qui ils doivent la vie, l'éducation et un établissement.

D'où il suit que la loi est sage et juste, en attribuant une réserve aux ascendants, et en en privant les collatéraux.

Mais, dira-t-on, comment se fait-il que les frères et sœurs, étant moins favorables que les aïeux, excluent cependant ceux-ci de la succession *ab intestat?*

La raison en est simple. Les frères et sœurs, à l'égard de l'aïeul, sont des descendants directs et des héritiers légitimes. A quoi bon faire remonter à l'aïeul des biens qui devraient ensuite descendre à ses petits-fils? L'affection paternelle, dont Cujas a dit : *Amori paterno nullus est similis, nullus major affectus* (3), ne fait-elle pas supposer que l'aïeul aime mieux voir ses descendants enrichis de ces biens que lui-même? La loi est donc l'interprète des sentiments de la nature, en faisant passer *rectâ via* les biens du frère décédé à ses autres frères et sœurs. Le droit de ceux-ci semble se fortifier alors de tous les droits de l'ascendant, et l'on pourrait dire que les frères et sœurs n'excluent pas l'aïeul, mais que l'aïeul se retire volontairement, en leur cédant tout ce qu'il pourrait prétendre.

805. Maintenant, examinons la question de savoir dans

(1) *Supra*, n° 763.
(2) *Supra*, n°s 742, 763.
(3) Quest. Pap. *Ad leg.*, 5, D., *De confirm. test.*

quel cas la réserve est due aux ascendants, et parlons d'abord des aïeux.

Un principe certain, c'est qu'on n'a droit à une réserve ou à une légitime qu'autant qu'on est apte à succéder, ou qu'on est appelé à succéder (1).

Il ne suffit donc pas qu'un descendant, mort sans progéniture, laisse des aïeux, pour que ceux-ci puissent réclamer une réserve dans la succession; il faut encore cette circonstance nécessaire, indispensable, que ces aïeux soient appelés par la loi à la succession (2).

Ainsi, si l'enfant prédécédé laisse son père et sa mère, l'aïeul n'aura rien à prétendre; il sera exclu par son fils, qui lui est préféré dans l'ordre des successions légitimes; ainsi encore, si le prédécédé laisse des frères et sœurs ou des descendants des frères et sœurs, l'aïeul, ne pouvant succéder dans cette hypothèse, ne pourra réclamer aucune réserve dans la succession de son petit-fils (3).

En disposant ainsi, la loi a été conséquente avec elle-même. La réserve n'ayant été introduite que pour assurer, à certains parents privilégiés, une légitime portion de l'hérédité, de nature à pourvoir à leurs besoins, il n'était pas nécessaire d'établir ce droit en faveur de l'aïeul, au cas où il y aurait avant lui le père ou la mère, ou des frères et sœurs. Car, dans le premier cas, le père du défunt est obligé envers lui à des aliments, conformément à l'article 203 du Code Napoléon; dans le second cas, la même obligation pèse sur les frères et sœurs en vertu du même article. Ainsi, la loi n'a-

(1) S'il fallait des autorités pour prouver qu'on ne peut réclamer de réserve qu'autant qu'on est au 1er degré de succession, on pourrait renvoyer aux *Pandect.* de Pothier, t. I, p. 190, n° 10, tit. *De innoficioso testamento.*

(2) M. Grenier, t. IV, n° 570.

(3) M. Jaubert, rapport au Tribunat (Fenet, t. XII, p. 586). C. Nap., 750.

vait ici aucune prévoyance à exercer en faveur de l'aïeul, dont tous les droits se trouvaient garantis par d'autres dispositions du Code.

806. Mais si les frères et sœurs renonçaient à la succession du défunt, comme les renonçants seraient censés n'avoir jamais été héritiers (1), le droit des aïeux s'ouvrirait par cette renonciation (2). Il s'ouvrirait avec d'autant plus de raison, que les aïeux verraient s'évanouir pour eux l'espérance que la loi, confiante dans une acceptation, a mise dans la piété de leurs petits-enfants.

Supposons que, par ses libéralités, le défunt ait rendu sa succession inacceptable. Ses frères et sœurs la répudient. Quelle sera la ressource de l'aïeul dans cette occurrence ? Faudra-t-il qu'il reste sans secours et sans pain en présence des générosités de son petit-fils ? Le vœu de la loi ne serait-il pas faussé, perverti, méconnu, si la querelle d'inofficiosité ne lui était pas accordée ? Ecarté à cause des frères et sœurs, ses petit-fils, il doit reprendre sa place, quand ces derniers sont censés n'avoir jamais été héritiers (3).

Du reste, l'exhérédation de fait des frères et sœurs ne suffirait pas pour ouvrir le droit des aïeux (4). C'est la re-

(1) Art. 785, C. Nap.

(2) Cassat., 11 mai 1840 (Devill., 40, 1, 680). Paris, 16 juillet 1839 (*J. Pal.* 1839, t. 2, p. 82). Montpellier, 19 novembre 1857 (*J. Pal.* 1859, p. 356 ; Devill. 58, 2, 609). MM. Duranton, t. VIII, nos 310 et suiv. Marcadé, article 915, n° 6; Poujol, *ibid*, n° 7; Coin-Delisle, *ibid.*, n° 6; Toulier, t. 4 p. 42; Beautemps-Beaupré, *Port. disp*, t. 1, n° 268 et suiv.; Vernet, *Quot. disp.* p. 365 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 3, p. 129, note 5; Demante, t. 4, n° 50 *bis*, VII et VIII; Rodière au *J. du Pal.* 1859, p. 356. — D'après MM. Santespès-Lescot, 2, nos 343 et 344, et Nicolas, *Man. des part.*, n° 79, la renonciation des frères et sœurs ne peut légitimer la vocation des ascendants que lorsqu'il n'y a pas de légataire universel, opinion justement contredite par M. Rodière, *loc. cit.*

(3) *Contra*, Zachariæ, t. V. p. 138; Vazeille, art. 915, n° 3. V. aussi Dict. du Notariat, 4e édit., v° *Réserve légale*, n° 13.

(4) *Contra*, Delvincourt, t. II, p. 215, note 5.

nonciation seule qui, en les faisant disparaître, met à leur place les aïeux.

807. L'absence des frères et sœurs produit les mêmes effets que la renonciation (1). Mais si les absents reparaissent, ils pourront demander compte aux aïeux conformément aux articles 131 et 132 du Code Napoléon.

808. Voyons maintenant quelle sera l'influence de la renonciation de l'aïeul successible. Il suffit de se reporter aux art. 746, 748, 749, 753 et 786, pour en voir les effets.

Supposons l'existence de l'aïeul et de l'aïeule maternels. La renonciation de l'aïeul profitera à l'aïeule, en faveur de laquelle il y aura accroissement.

Supposons, ensuite, l'existence du grand-père paternel et de la grand'mère maternelle. La renonciation du grand-père ne profitera pas à la grand'mère. Car la loi appelle ici, non pas la grand'mère maternelle à la place du grand-père paternel, mais les collatéraux de la ligne du renonçant (art. 753 du Code Napoléon).

809. On a demandé si ces collatéraux avaient droit à la réserve, comme l'ascendant renonçant, dont ils tiennent le lieu et place. Question étrange et qui ne mériterait pas d'être posée, si la cour de Caen ne l'avait jugée en faveur de la dévolution de la réserve aux collatéraux (2). Comme si la réserve pouvait avoir lieu au profit de collatéraux ! comme si la renonciation donnait lieu à la représentation (3) !

810. Tout ce que nous venons de dire de la renonciation, s'applique à l'indignité, à l'absence, à la mort civile de l'aïeul.

811. Les aïeux des enfants illégitimes reconnus n'ont aucun

(1) Art. 136.

(2) 16 février 1826 (Dalloz, 26, 2, 197).

(3) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, p. 78. M. Lescot, t. II, n° 348.

droit à prétendre sur leur succession ; de même que les enfants naturels n'ont aucun droit sur les biens de leurs aïeux. Les enfants illégitimes ne sont pas dans la famille. La reconnaissance du père ne produit d'effet que pour ou contre lui (1).

812. L'aïeul de l'enfant adopté n'a pas non plus de réserve sur ses biens ; la raison en est qu'il n'y a aucun lien, ni aucune réciprocité entre l'aïeul et l'enfant adopté, puisque celui-ci, en entrant dans la famille, n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant.

813. Passons maintenant aux droits des pères et mères.

Les pères mères ne succèdent à leurs enfants que quand ces derniers ne laissent pas de descendants. En effet, la marche naturelle de la succession est toujours descendante ; ce n'est que par un renversement de l'ordre naturel qu'elle remonte, *turbato ordine mortalitatis*. Les pères et mères n'ont donc de droits à une réserve, que lorsque leurs enfants prédécédés n'ont pas laissé de descendants (2).

Mais le droit des pères et mères ne change pas (comme celui des aïeux) par l'existence des frères et sœurs du défunt. Car les uns et les autres, concourant pour la succession *ab intestat* (art. 748 du Code Napoléon), il s'ensuit que les pères ou mères restent successibles, et que, par conséquent, ils ont droit au prélèvement d'une réserve. Nous reviendrons là-dessus au n° 818 (3). Supposons donc que le testateur laisse 60,000 francs, à la survivance de ses pères et mère, et de ses frères et sœurs. La réserve des ascendants sera de 30,000 francs, à savoir : 15,000 francs pour le père, 15,000 francs pour la mère.

814. Pour pouvoir faire nombre, il faut que le père ou la

(1) Art. 336, C. Nap. *Supra*, nos 632, 633.
(2) *Suprà*, n° 805.
(3) M. Grenier, t. IV. n° 575.

mère ne soient pas absents, ou indignes, ou morts civilement.

815. Quant à la répudiation, nous nous en sommes suffisamment expliqués toute à l'heure (1).

816. L'adoptant a-t-il une réserve sur les biens de l'adopté? La négative se fonde sur les articles 351 et 352 (2).

817. La question est plus difficile à l'égard du père de l'enfant naturel reconnu.

En faveur de la réserve, on dit : L'art. 915 ne fait pas de distinction entre les ascendants des enfants légitimes et les ascendants des enfants naturels. D'ailleurs, l'art. 765 accorde au père et à la mère, qui ont reconnu un enfant naturel, les mêmes droits de successibilité qu'aux père et mère d'un enfant légitime (3). Mais contre la réserve on répond (4) : Un scandale et une faute ne peuvent créer un droit au profit de celui qui les a commis. Que l'on consulte, d'ailleurs, l'économie de l'art. 915; il ne se préoccupe que de circonstances qui sont incompatibles avec la position de l'enfant naturel. Ce dernier ne peut avoir que son père et sa mère pour ascendants, jamais de collatéraux. Comment donc le père pourrait-il invoquer le bénéfice d'un article qui prévoit l'existence simultanée de plusieurs ascendants et le concours des ascendants et des collatéraux? On parle de réciprocité : mais est-ce une raison décisive? La réciprocité fait-elle succéder l'adoptant à l'adopté (5)?

Malgré ces raisons, la cour de cassation s'est prononcée

(1) *Supra*, n° 808.

(2) M. Grenier, *De l'adoption*, n° 41. M. Lescot, t. II, n° 352.

(3) Bordeaux, 24 avril 1834, 20 mars 1837 (Devill., 34, 2, 461; 37, 2, 483). Grenier, t. IV, n° 676.

(4) Zachariæ, t. V, p. 139. V. Dict. du Notariat, 4e édit., vo *Réserve légale*, nos 17 et suiv.

(5) Nîmes, 11 juillet 1827 (Devill., 8, 2, 388). Douai, 5 décembre 1840 (Dalloz, 41, 2, 142. Devill., 41 2, 125). M. Dalloz, t. XII, p. 331, n° 4. M. Lescot, t. II, n° 353.

en faveur de la réserve, par un arrêt du 5 mars 1846(1). Nous croyons que cette jurisprudence l'emportera; car la tendance, aujourd'hui, est de favoriser la filiation naturelle. Peut-être même y a-t-il quelque excès dans la réaction qui s'opère pour cette cause, jadis très-odieuse. Ici, cependant, nous voyons des raisons d'humanité, que des textes précis ne nous empêchent pas de respecter, et c'est de ce côté que nous inclinons.

818. Le second paragraphe de notre article demande quelques explications, et, pour en rendre l'intelligence facile, nous ferons connaître dans quel but il y a été ajouté. On a prévu le cas où le fils, prédécédé sans postérité, n'aurait disposé que d'une partie de ses biens en faveur d'un légataire. Alors la portion de son patrimoine, à l'égard de laquelle il serait décédé *intestat*, serait revendiquée, en con-

(1) Devill., 46, 1, 213. — La question s'étant représentée devant la chambre civile, elle a été jugée sous ma présidence dans un sens contraire à l'arrêt de la chambre des requêtes par arrêt du 26 décembre 1860 (Dalloz, 61, 1, 21; Devill., 61, 1, 321), au rapport de M. le conseiller Laborie, et sur les conclusions conformes de M. l'av. gén. de Raynal. Cet arrêt rejette un pourvoi formé contre un arrêt de la cour impériale de Paris du 18 novembre 1859 (Dalloz, 69, 2, 193; *J. Pal.* 1860, p. 336) qui n'avait pas admis la réserve de la mère naturelle. La chambre civile n'aurait pu casser l'arrêt de Paris que si cet arrêt eût expressément violé un article formel de la loi. Or, il n'en existe pas, et l'on sait que si la réserve est de droit naturel quant à son principe, elle est de droit positif quant à sa mesure et à sa quotité. Où est la loi qui a fait pour le père naturel ce que l'art. 915 a fait pour les ascendants légitimes? Nul texte ne saurait être cité à cet égard, et l'on ne peut étendre d'un cas à l'autre l'art. 915, qui n'ayant été édicté que pour la famille légitime, ne comporte pas de parité (tout au moins sous le rapport de la quotité) avec ce que l'humanité pourrait conseiller de faire en faveur du père ou de la mère naturels. En un mot, la chambre civile placée en face d'une cassation, et ne trouvant, au lieu d'une loi violée, qu'une loi muette et une lacune peut-être volontaire, ne pouvait s'empêcher de se prononcer pour le rejet. — Voir au surplus un arrêt récent de la cour de Paris, 29 nov. 1860 (Devill., 61, 2, 196), qui maintient le droit des ascendants à une réserve dans la succession de leurs enfants naturels reconnus.

currence, par les père et mère, et par les frères et sœurs appelés à se la partager en deux parts. Mais si, dans le partage, la portion afférente aux ascendants ne se trouvait pas égale à leur réserve, quelle marche faudrait-il tenir ? Faudrait-il que, dans ce cas, les ascendants se contentassent du lot à eux échu dans la division? ou bien la part des frères et sœurs devrait-elle être réduite jusqu'à concurrence de l'entière réserve ? C'est cette difficulté que le second paragraphe de notre article a voulu trancher, sur la demande du Tribunat (1) ; il a décidé sagement que la portion, déclarée indisponible en faveur des ascendants, ne devait éprouver aucune atteinte du concours des collatéraux non réservataires. Car, comme la réserve est une partie du patrimoine, à laquelle il est interdit au disposant de toucher, et qu'elle doit toujours parvenir entière à ceux que la loi en gratifie, il faudrait que les ascendants, qui voudraient la compléter en cas d'insuffisance, recourussent à l'action en réduction ou contre le légataire ou donataire, ou contre les détenteurs des biens *ab intestat*. Or, la réduction contre ceux qui tiennent une chose de la vocation du défunt, n'est permise qu'autant que les biens dont il n'a pas été disposés se trouvent épuisés. Donc, c'est aux frères et sœurs, qui n'ont droit à aucune légitime et que le défunt aurait pu priver de tout, à parfaire, sur les biens qu'ils reçoivent par la volonté de la loi, ce qui manque pour que la réserve d'ascendance conserve son intégrité (2). Ceci s'éclaircira par un exemple :

Titius décède, en laissant son père et sa mère et un frère. Son patrimoine s'élève à 100,000 fr. ; il a fait à son parrain un legs de 40,000 fr.

Dans ce cas, il faudra maintenir à la moitié la réserve des

(1) Fenet, t. XII, p. 445 et 479.
(2) Fenet, *loc. cit.* M. Grenier, t. IV, n° 577.

père et mère, chacun 25,000 fr., total 50,000 fr. Le surplus servira le legs de 40,000 fr., et il restera 10,000 fr. pour le frère. Si le legs était de 50,000 fr., il ne resterait rien pour le frère.

819. Quand le disposant est mineur, l'application de l'art. 904 a fait naître quelques difficultés, en le combinant avec l'art. 915. Mais nous n'en avons jamais aperçu de sérieuses, et c'est la seule fantaisie des auteurs qui les a suscitées (1). N'en a-t-on pas vu qui se sont imaginé que la réserve des ascendants augmente en proportion de ce dont la capacité du mineur est diminuée (2)? Comme si l'incapacité personnelle, partiellement prononcée par l'art. 904, pouvait réagir sur la quotité de la légitime! comme si la légitime ne dépendait pas exclusivement de la faveur du légitimaire, qui reste toujours la même, soit que le disposant soit plus ou moins capable! Il est fastidieux de grossir les livres de droit de ces détails puérils, quand il y a des problèmes si graves qui appellent les méditations.

A quoi donc tout cela se réduit-il? Rien de plus simple.

Et d'abord, on sait que le mineur de seize ans ne peut disposer que de la moitié de ce dont il aurait pu disposer en majorité. Il s'ensuit que le mineur qui, ayant ses père et mère, aurait pu disposer de la moitié de ses biens, s'il eût été majeur, n'a pu disposer que du quart au profit d'un étranger. La masse indisponible s'élève donc, dans ses mains, aux trois quarts.

Cette situation est claire, quand le mineur ne laisse que

(1) M. Grenier, t. IV, nos 578 et suiv. Il a avancé des opinions; puis il les a rétractées; ce qui fait honneur à sa bonne foi, mais non à la pureté de son jugement.

(2) M. Grenier, *loc. cit.* M. Delvincourt, t. II, 178, note 4. M. Poujol sur l'art. 915, no 10.

ses père et mère pour héritiers. Elle ne l'est pas moins, quand il laisse plusieurs espèces d'héritiers.

Pierre, mineur, décède en laissant une fortune de 24,000 fr. Il a pour héritiers son grand-père paternel et un cousin maternel. Par son testament, il a fait à Caïus un legs de 9,000 fr., juste moitié de ce dont il aurait pu disposer; car la réserve de l'aïeul étant du quart, ou de 6,000 fr., d'après notre article, un majeur aurait pu faire des libéralités jusqu'à concurrence de 18,000 fr. Mais, conformément à l'art. 904, le mineur ne peut disposer que de 9,000 fr., et c'est ce que Pierre a fait.

Restent donc 15,000 fr. libres; et il est cent fois évident, que ces 15,000 fr. se partageront par moitié entre le cousin et le grand-père, rempli et au delà de sa réserve (1). On ne conçoit pas que M. Grenier ait hésité sur un point si clair et si palpable (2).

820. Supposons, maintenant, un autre cas. Le mineur a laissé ses père et mère avec des frères et sœurs. Sa fortune est de 40,000 fr.; majeur, il aurait pu disposer de 20,000 fr. Mineur, il n'a pu disposer que de 10,000 fr., et il en a disposé, en effet, par des libéralités testamentaires faites à des tiers.

Restent 30,000 fr.

A s'en tenir à l'art. 748, ces 30,000 devraient se partager entre les père et mère d'un côté, et les frères et sœurs de l'autre. Mais 15,000 fr. ne sont pas suffisants pour remplir les père et mère, auxquels notre article attribue 20,000 fr. Donc, ces 20,000 fr. seront complétés, conformément au paragraphe final de notre article, aux dépens des frères et sœurs, qui ne toucheront que 10,000 fr.

(1) Art. 753.

(2) Nos 578 et 583 *ter*. Voy. un arrêt d'Angers du 16 juin 1825 (Sirey, 26, 2, 110. Devill., 8, 2, 93). M. Toullier, t. V, no 117.

821. On voit que la réserve reste toujours la même, malgré la circonstance de minorité. Il n'y a rien de changé à l'article 915, et la somme des libéralités, calculée toujours de la même manière, n'éprouve d'autre diminution que celle que nécessite l'incapacité pupillaire.

822. Nous venons de raisonner pour les cas où les libéralités sont faites à des étrangers.

Que si les libéralités sont faites à l'ascendant lui-même, il faudra, de plus fort, se tenir à la même règle, savoir, que la libéralité, calculée sur ce qu'aurait pu faire un majeur, ne reçoit de diminution que de moitié, sans s'inquiéter autrement d'aggraver l'incapacité pupillaire par l'indisponibilité de la réserve.

Posons un exemple pour faire comprendre notre pensée :

Un mineur décède, laissant seulement son père et son oncle maternel. Il lègue à son père, par préciput et hors part, la pleine propriété et jouissance de toute la portion de ses biens dont la loi lui permet de disposer.

Deux systèmes ont été proposés. Voici le premier, qui est le vrai : Supposons l'hérédité divisée en huit huitièmes; le père a quatre huitièmes ou la moitié *ab intestat*, d'après l'art. 755 du Code Napoléon. Si son fils eût été majeur, il aurait pu lui donner la moitié restant. Mais étant mineur, il n'a pu disposer que de deux huitièmes. Le père aura donc six huitièmes ou trois quarts, et l'oncle, deux huitièmes ou un quart.

Soit donc un patrimoine de 100,000 fr., il reviendra au père 75,000 fr. et à l'oncle 25,000 fr. (1).

Dans le second système, on procède autrement (2), et l'on

(1) Riom, 15 mars 1824 (Devill., 7, 2, 327). Bourges, 28 janvier 1831 (Dalloz, 31, 2, 166). Aix (Dalloz, 38, 2, 236). M. Grenier, t. IV, n° 583 (4°). M. Lescot, t. II, n° 357. Dalloz, t. V, p. 411. Marcadé sur 916, n° 2.

(2) Besançon, 23 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 201). Poitiers, 22 janvier 1828 (Dalloz, 30. 2, 120). M. Bayle-Mouillard *sur Grenier, loc., cit.* M. Coin-Delisle sur 915, n° 19.

dit : Si le testateur eût été majeur, la portion disponible eût été de six huitièmes ou trois quarts. Comme il est mineur, la disponibilité est réduite à trois huitièmes. Ce sera donc là le préciput du père; resteront cinq huitièmes qui seront partagés conformément à l'art. 755, de sorte que le père n'aura que cinq huitièmes et demi, au lieu de six huitièmes qu'il a dans le premier système.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous prononcer contre le second système. Ceux qui le professent ne font pas attention qu'il y a ici des circonstances particulières, qui dérangent leur calcul. Ils raisonnent, en effet, comme si la quotité disponible était destinée à un étranger, ou bien comme on le ferait d'une manière théorique et abstraite. Mais ce n'est pas de tout cela qu'il s'agit ici ; c'est un fils qui veut avantager son père et qui, gêné dans la réalisation de ses sentiments par sa minorité, entend du moins lui laisser tout ce que la loi ne défend pas de lui donner. Or, s'il était majeur, il pourrait donner le tout. Donc, mineur, il peut donner la moitié de ce tout. Ce résultat est le seul d'accord avec la lettre de la loi et l'intention du testateur.

Pourquoi se préoccuper de la réserve légale du père, telle que l'a définie l'art. 915? Elle n'est pas en question ; il ne s'agit pas d'elle au procès : le père ne s'en prévaut pas et n'a pas à s'en prévaloir. Son fils ne l'a pas diminuée à son préjudice, auquel cas seulement il y aurait lieu à se retrancher dans l'art. 915. Au contraire, le fils à voulu lui donner plus. Comment lui serait-il défendu d'arriver à ce résultat pieux, puisque, sauf la restriction de sa capacité à cause de sa minorité, il est maître, à l'égard de tous autres, de faire de son bien ce qu'il veut? En vérité, je ne connais rien de plus bizarre que cet oncle, qui vient argumenter de la légitime du père, pour diminuer la libéralité faite à ce dernier.

Il est donc constant que le père aura les trois quarts et l'oncle un quart.

823. Mais le père pourra-t-il réclamer en outre, en vertu de l'art. 754, l'usufruit du tiers de ce qui revient à l'oncle? Cet article est général, et nous ne voyons pas pourquoi on n'en accorderait pas le bénéfice au père (1).

824. Pour terminer sur ce point, il reste à examiner si la renonciation des ascendants à la succession change quelque chose à la quotité dont le mineur aurait pu disposer.

Cette question a été décidée par les cours de Caen (2) et de Bourges (3), en ce sens que la renonciation n'augmente pas la quotité disponible. Et malgré les observations critiques de M. Bayle-Mouillard (4) sur ces arrêts, nous croyons, avec M. Coin-Delisle (5), qu'ils sont juridiques; car la capacité de disposer n'est pas changée par des événements postérieurs au décès.

Posons un exemple.

Un testateur, âgé de plus de seize ans et de moins de vingt-un ans, meurt, laissant, comme seuls héritiers à réserve dans les deux lignes, deux ascendants au duxième degré. Il a institué un légataire universel. Si le testateur eût été majeur, la portion dont il eût pu disposer eût été de la moitié, puisque chaque ascendant a droit au quart. Mais étant mineur, il n'a pu disposer que de la moitié de la moitié, soit du quart. Le légataire universel n'a donc droit qu'au quart. Mais les deux ascendants renoncent; le léga-

(1) Poitiers et Bourges précités. MM. Grenier, t. IV, n° 583 (5°). Chabot sur 754, n° 3. Dalloz, t. V, p. 412, n° 23. Lescot, t. II, n° 357, *Contra*, Besançon et Riom précités.

(2) Caen, 16 février 1826 (Devill., 8, 2, 191).

(3) Bourges, 21 août 1839 (Devill., 39, 2, 529).

(4) T. IV, p. 94, 95, 96.

(5) N° 15 sur l'art. 916.

taire universel réclame alors la moitié de toute l'hérédité, par le motif que le testateur, s'il eût été majeur, aurait pu disposer en sa faveur de la totalité de l'hérédité.

C'est cette prétention qui doit être repoussée. En effet, tout ce qui, dans les biens d'un mineur, est indisponible, doit rester dans sa succession *ab intestat.* Les événements postérieurs à son décès ne peuvent rien changer à cette quotité ; car la défense de disposer, qui lui est faite, est une loi personnelle et de capacité, et les qualités de la personne et sa capacité ne peuvent changer après sa mort. L'hérédité *ab intestat* du mineur, étant fixée invariablement au moment de son décès, doit être partagée entre les ayants droit, appelés d'après les règles de la succession *ab intestat.* Il s'ensuit, dès lors, que la renonciation d'un réservataire ne peut profiter à d'autres qu'aux héritiers *ab intestat.*

Sans doute, il résultera de ce système que les collatéraux, dans le cas que nous avons supposé, auront droit aux trois quarts des biens, tandis que s'il n'y avait eu aucun ascendant ou héritier à réserve, ils n'auraient eu droit qu'à la moitié. Qu'importe ce résultat ? Il n'est que la conséquence de l'incapacité de disposer, dont le mineur est frappé par la loi. Remarquons d'ailleurs que, s'il en était autrement, l'ascendant qui renoncerait serait libre, par sa renonciation, de frustrer l'autre ligne au profit du légataire.

825. Après avoir examiné, au point de vue de l'art. 915, les questions qui se rattachent à l'étendue de la légitime en faveur des ascendants, il nous reste à faire remarquer que cette légitime peut être modifiée dans le cas de l'art. 1094 du Code Napoléon ; c'est ce qu'on verra amplement dans le commentaire de cet article.

ARTICLE 916.

A défaut d'ascendants ou de descendants, les libéralités par actes entre-vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens.

SOMMAIRE.

826. La réserve a sa base dans les affections de la nature.
827. Elle doit être franche et exempte de charges et conditions.
828. Cas où l'indisponibilité établie en faveur des enfants pourrait leur être contraire.
829. Des enfants que le père a réduits à la simple légitime ne pourraient, par cela seul, intenter contre son testament l'action *ab irato.*
830. *Quid* si le père, ayant déclaré qu'il entend réduire ses enfants à leur simple légitime, n'a pas disposé de la quotité disponible?
831. Les frères et sœurs n'ont pas droit à la réserve. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

826. Ce n'est donc qu'à défaut de descendants ou d'ascendants, que l'homme peut épuiser en libéralités la totalité de ses biens. Tant que son existence est liée à celle de personnes de cette qualité, sa liberté est enchaînée dans une mesure proportionnée aux affections de la nature.

827. Remarquons, à ce propos, que la réserve est si respectable, qu'il ne suffit pas, pour se conformer aux pensées de la loi, de ne pas l'aliéner ou de ne pas la léguer à d'autres; il faut encore la laisser aux personnes appelées, libre, pleine, exempte de charges, de conditions et de gêne (1).

En effet, c'était un principe constant, dans le droit romain,

(1) *Infra*, n° 832, et texte de l'art. 917. *Infra* sur l'art. 1094. Rouen, 17 février 1844 (Devill., 44, 2, 127). MM. Proudhon, t. II, p. 263; Zachariæ, t. V. p. 135.

que la quarte devait être laissée au légitimaire franche et exempte de toutes charges et conditions; sans cela, il y avait lieu à la plainte d'inofficiosité (1).

Les règlements de Justinien sur la légitime ne changèrent rien à ce principe; seulement il voulut que les charges, conditions et modes, qui altéreraient la franchise de la légitime, ne donnassent pas lieu à la plainte d'inofficiosité, mais que ces modalités fussent considérées comme non écrites (2).

En pays coutumiers, comme en pays de droit écrit, la légitime devait être laissée absolument libre ; c'était la doctrine de tous les auteurs. Elle était fondée sur ce que la légitime était un bénéfice de la loi et non de la volonté du disposant, et que rien ne pouvait nuire à ce bénéfice (3).

Il est clair qu'il ne doit pas en être autrement sous le Code Napoléon. Qui dit réserve, dans notre législation actuelle, dit chose indisponible. Il n'est donc pas permis au disposant d'altérer en aucune manière les droits donnés par la loi sur cette réserve, qui est hors de son pouvoir. Et comme la valeur d'une chose s'estime non-seulement *quantitate*, mais encore *die*, *loco*, *conditione et modo*, il s'ensuit qu'il ne peut diminuer la valeur des biens réservés par l'apposition de termes, conditions et charges qui seraient de nature à modifier cette libéralité de la loi. D'ailleurs, prescrire des modalités à une chose, c'est une manière de disposer de cette chose, et nous avons dit que la réserve est indisponible. Il est donc prouvé que toute condition ou charge de laquelle le testateur ferait dépendre la pétition de la légitime ou réserve serait considérée comme contraire aux lois et comme non écrite.

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 191, nos 19 et 20.

(2) L. 36, § 1, et l. 37. C,. *De inoff.*, *test.* Pothier, *loc. cit.*, n° 22. Descisses, *De la légitime*, 2, 2, 9.

(3) Lebrun, 2, 3, 4, 1.

828. Nous avons dit que la réserve est quelque chose d'indisponible, et que le testateur ne peut la grever de conditions ou de dispositions onéreuses. Il est clair que c'est en faveur des enfants que cette indisponibilité a été établie.

Voici cependant un cas où cette indisponibilité tourne contre eux :

Une mère institue pour légataire universel son fils unique, mineur de dix-huit ans. Elle lui laisse tous ses biens, sous condition expresse que le père n'en aura pas l'usufruit paternel (art. 387 du Code Napoléon). Cette condition n'opérera-t-elle pas sur tous les biens légués? ne produira-t-elle son effet que sur les biens composant la portion disponible, puisque, quant au surplus, la mère n'en avait pas la disposition? On peut dire qu'elle n'aurait pas pu ne pas la laisser à son fils; elle n'a pu, par conséquent, mettre aucune condition à une transmission qui résulte moins de sa volonté que de la volonté de la loi. Elle n'a donc pas pu ôter au père l'usufruit paternel pour cette portion indisponible; elle n'a pu mettre cette condition qu'aux biens formant la quotité disponible. Presque tous les auteurs modernes embrassent ce sentiment, en se fondant sur la novelle 117 (1).

Mais, d'un autre côté, Lebrun n'hésite pas à dire que c'est une proposition soutenue par la plupart des docteurs, que la légitime peut souffrir une condition qui est apposée en faveur du légitimaire; qu'ainsi, la mère, en instituant son fils, peut ordonner que le père n'aura pas son usufruit sur ses biens (2).

(1) M. Ducaurroy trouve quelque chose de bizarre à cela : « Vous vous appuyez, dit-il, sur l'indisponibilité de la réserve; mais cette indisponibilté » est établie en faveur de l'enfant, et vous vous en servez contre lui ! Sans » doute la mère ne pouvait disposer de la réserve au préjudice de son fils ; » mais, ici, elle en a disposé à son avantage, et vous proscrivez cet avantage ! » (*Thémis*, t. VI, p. 126, alinéa 3.)

(2) *Success.*, 2, 3, 4, 9, 20. C'était aussi l'opinion d'Accurse sur l'Authent.

Ceci nous paraît plus vrai; d'autant plus qu'ici la légitime n'est pas diminuée, que le fils n'en éprouve que de l'avantage et que la condition est plutôt dirigée contre un père mauvais ménager.

829. Mais si le pouvoir du testateur a été enchaîné pour ce qui concerne la réserve, d'autre part toute latitude lui a été donnée pour disposer du surplus de ses biens, et le réservataire n'aurait aucun motif de se plaindre d'avoir été réduit à la quotité que la loi lui a assignée. C'est en partant de cette base, que la cour de Paris a décidé, par arrêt du 28 frimaire an XIV (1), que des enfants, à qui leur père a laissé leur simple légitime, ne sont pas recevables à intenter, par cela seul, l'action *ab irato* contre son testament.

830. Toutefois, suit-il de là qu'un père, sans disposer de la quotité disponible, puisse restreindre ses enfants à la réserve en se bornant à dire : « *Je veux que Caïus et Seïus,* » *mes fils, se contentent de leur légitime?* »

Évidemment non!

Depuis que nos lois ont dépouillé les pères de l'autorité d'exhéréder leurs enfants, il n'y a plus qu'un seul moyen de priver ces derniers de la totalité de la succession paternelle, *salva tamen legitima*. C'est, en respectant la réserve, de donner à d'autres, par une disposition expresse, ce qui forme la quotité disponible. On dit vulgairement que la volonté de l'homme est souvent plus plus forte que celle de la loi; et cela est vrai surtout en matière de succession testamentaire, où la volonté de l'homme paralyse l'effet de la volonté de la loi. Mais, pour ravir à un enfant ce que la loi lui aurait donné *ab intestat*, il faut que le défunt en ait

Ut liceat matri, et de Vasquier, 1, 10, 234. Mais Barthole, Paul de Castro et autres étaient contraires; sur l'Authent. *Excipitur*, C., *De bonis quæ liberis*.

(1) Devill., 2, 2, 100.

disposé au profit d'autrui; dès lors il n'est pas permis de croire que la clause testamentaire qui nous occupe, produisît son effet; car la quotité disponible resterait toujours dans la succession, sans avoir reçu aucune destination, et la loi s'en emparerait alors pour en gratifier l'enfant. Il n'est au pouvoir de l'homme de déranger l'ordre des successions *ab intestat* que par la création d'un ordre nouveau, et nullement par une exhérédation désormais hors de nos usages (1).

831. Nous avons dit que la présence seule des descendants ou des ascendants donne lieu à une réserve; c'est assez faire entendre que les frères et sœurs n'y ont pas droit. On a vu ci-dessus (2) les raisons qui ont déterminé le Code Napoléon à maintenir l'exclusion prononcée à cet égard par le droit romain.

Article 917.

Si la disposition par acte entre-vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère, dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers, au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

SOMMAIRE.

832. Difficultés de l'ancien droit sur le point prévu par cet article.
833. Ni l'héritier, ni le légataire ne peuvent se plaindre de l'option déterminée par le Code.
834. La faculté d'option ne pourrait-elle être invoquée par le fils qu'autant qu'il aurait juste sujet de se plaindre de la libéralité usufructuaire ?

(1) Paris, 1er mai 1812 (Devill., 4, 2, 106; Palais, 10, 360).
(2) N° 763.

835. Les discussions du Tribunat et du conseil d'État semblent donner raison à l'opinion affirmative.
836. Toutefois, l'opinion contraire paraît être plus conforme à l'esprit de la loi.
837. Réfutation d'une objection faite aux partisans de cette opinion.
838. La question, du reste, est plus tôt de l'école que de la pratique.
839. Des moyens tentés par la jurisprudence pour évaluer un usufruit ou une rente viagère.
840. *Quid* dans le cas d'un legs en usufruit, s'il y a plusieurs réservataires d'avis contraires ?
841. S'il s'agit d'un legs d'usage et d'habitation, les héritiers devront s'entendre pour exercer leur option.
842. Le légataire de l'usufruit ne devient pas, par l'abandon de la quotité disponible, successeur à titre universel. — Conséquence.
843. Conséquence au cas où les dettes de la succession seraient conditionnelles.
844. Les collatéraux ont-ils une reserve à l'égard de l'enfant naturel ?
845. L'option ne peut plus avoir lieu si le réservataire a consenti, en connaissance de cause, à la délivrance du legs.

COMMENTAIRE.

832. Nous le disions tout à l'heure (1) : la réserve doit être laissée intacte, et rien n'en peut modifier l'étendue.

Mais, s'il est défendu d'amoindrir la légitime, est-il défendu de la convertir, et, par exemple, de récompenser le légitimaire en propriété de ce qu'on lui ôte en usufruit ?

Par exemple, un père, en laissant tous ses biens disponibles et indisponibles à ses enfants, les grève d'un usufruit ou d'une rente viagère. Alors les enfants, quoique donataires de l'entière succession, n'en ont pas tous les avantages, et il est possible qu'un tel arrangement leur paraisse moins commode que la libre jouissance et propriété de leur simple légitime.

(1) Nos 827 et suiv. M. Tronchet (Fenet, t. XII, p. 327).

De grands débats s'étaient élevés là-dessus dans l'ancien droit. Quelques auteurs soutenaient qu'une pareille disposition devait tenir, parce que les enfants sont récompensés de la restriction de leur jouissance par la propriété de la portion disponible que le défunt leur a laissée. A cela on répondait que le testateur avait fait ce qu'il ne pouvait pas, et qu'il n'avait pas fait ce qu'il pouvait. Mais, en partant de cette idée, qui était dominante (1), on n'était pas d'accord sur le mode d'opérer la réduction, et de nombreux procès troublaient les partages (2).

833. Le Code Napoléon a voulu les prévenir par une règle fort simple, dont l'idée existait déjà dans l'ancienne jurisprudence.

D'après l'art. 917, la disposition en usufruit ou en rente viagère n'est pas réductible; mais, si le légitimaire établit qu'elle lui est onéreuse, il a le droit de forcer le donataire à recevoir, en remplacement, la quotité disponible (3). Celui-ci ne peut s'en plaindre, puisqu'on lui abandonne tout ce que le défunt pouvait lui laisser. Quant à l'héritier, il le peut encore moins, puisque la loi lui laisse l'option ou d'exécuter la disposition telle qu'elle est, ou de la convertir en don de la quotité disponible. C'est ce que Treilhard résumait avec précision : « Ni l'héritier ni le légataire ne peuvent se plain-
» dre. Le premier a un moyen de s'affranchir de la rente; le
» second acquiert une propriété en remplacement d'un sim-
» ple usufruit (4). »

834. Mais cette règle n'est-elle applicable, d'après le texte bien précis de notre article, que lorsque le réservataire établit qu'il éprouve une perte et un dommage sans compen-

(1) M. Tronchet, *loc. cit.*
(2) Lebrun, 2, 3, 4 et suiv.
(3) D'après Lebrun, 2, 3, 4, 5. Pothier, *Donat. test.* 4, 2, 5.
(4) Fenet, t. XII, p. 328.

sation? Sinon, son option est-elle inadmissible, et le légataire peut-il la repousser?

Dans l'ancienne jurisprudence, il est constant que, lors même que le père aurait récompensé son fils en pleine propriété de ce qu'il lui ôtait en jouissance, le fils avait le droit d'abandonner la disposition, de renoncer à l'excédant de propriété et de s'en tenir à sa légitime (1).

Mais le texte de notre article semble ne pas se prêter à cette solution. On peut dire, en le prenant à la lettre, qu'il faut, pour que le fils puisse être écouté dans sa plainte, qu'il ait sujet de se plaindre ; que son père ait retranché injustement de sa légitime, qu'il se soit montré inofficieux, en ne songeant pas assez à son sang ; mais que, quand le père a récompensé le fils, et que ce dernier se trouve indemnisé en propriété de ce qu'il perd en jouissance, notre article lui ferme la bouche; que le père n'était pas rigoureusement tenu de payer la légitime en telle valeur plutôt qu'en telle autre; qu'il a fait une compensation équitable; qu'il faut laisser quelque chose à sa discrétion.

835. Cette manière de voir semble se fortifier par les travaux préparatoires du Code Napoléon.

Écoutons le tribun Jaubert, exposant au Tribunat le sens de l'art. 917, il disait :

« La loi ne veut pas que, sous prétexte de retrouver la » légitime, les héritiers puissent altérer des dispositions » dictées par la bienveillance ou même par les convenances.

» Si donc il s'agit d'une disposition qui porte sur un » usufruit ou sur une rente viagère, les héritiers n'auraient » pas le droit de la méconnaître, par cela seul qu'ils opte- » raient de faire l'abandon de la propriété de la quotité dis- » ponible.

(1) Lebrun, *loc. cit.*, 3 et 7.

» Un préalable est nécessaire ; c'est qu'il soit constaté » que la libéralité excède la quotité disponible (1). »

D'un autre côté, l'article primitivement rédigé par le conseil d'État ne portait pas ces mots : « *dont la valeur* » *excède la portion disponible* (2) ; » ils ont été introduits dans une seconde rédaction (3), celle qui fut communiquée au Tribunat ; et, quoique les procès-verbaux ne donnent pas les motifs de cette addition, on doit croire qu'elle n'a pas été sans raison, et que la véritable est celle que le tribun Jaubert a exprimée.

836. Néanmoins cette opinion n'est pas généralement admise, et les auteurs les plus graves et les plus nombreux estiment que le réservataire est juge de son option, pensant bien qu'il ne cherchera à ébranler la disposition qu'autant qu'il éprouvera un préjudice, et que la récompense ne sera pas satisfactoire (4).

J'avoue que je suis assez porté à préférer ce sentiment, malgré l'embarras d'une rédaction dont la lettre tue l'esprit et qui est peu conciliable avec les principes généraux.

Il est certain, en effet, il est même vulgaire en droit, que l'on n'est pas tenu d'accepter un bienfait malgré soi : *invito beneficium non datur*. C'est pourquoi chacun a le droit de répudier un legs qui lui est fait. Or, qu'est-ce que la disposition du père qui, par un don de propriété, dédommage son fils de ce qu'il lui enlève en usufruit ? C'est tout simplement un legs. Pourquoi donc le fils ne pourrait-il pas répudier le legs de son père, pour s'en tenir au droit que la loi lui donne ?

(1) Fenet, t. XII, p. 593.

(2) Fenet, t. XII, p. 299, art. 19.

(3) Fenet, p. 420.

(4) MM. Grenier, t. IV, n° 638 ; Toullier, t. V, n° 142 ; Proudhon, *Usufruit*, n° 338 ; Duranton, 8, 345 ; Dalloz, t. V, p. 412, n° 25.

Quand on a deux titres en sa faveur, on est toujours maître d'opter pour celui qui paraît le plus avantageux. L'enfant a deux titres : celui de la loi, celui du testament. N'est-il pas dans son droit, quand il préfère le premier au second?

A cette question, je ne vois pas de réponse satisfaisante.

J'ai d'ailleurs beaucoup de propension pour une interprétation qui prévient les procès, qui rend inutiles des estimations hypothétiques et simplifie les positions.

837. On a reproché à cette opinion d'être trop contraire au texte de la loi pour être admise (1): et (ce qu'il y a de singulier) on a proposé à sa place un autre système, qui n'est pas moins en dehors de ce texte même. En effet, d'après la rédaction littérale, l'option semble dépendre du cas où « la » valeur de l'usufruit et de la rente viagère excède la quotité » disponible. » On veut cependant que l'option ne dépende que du cas où la jouissance donnée dépasse la jouissance de la quotité disponible et empiète sur la jouissance de la réserve. Il n'y a rien de cela dans la loi, et, dans ce système, on ne s'écarte pas moins du texte que dans le nôtre.

838. Mais, ce qui me rassure, c'est que ces questions sont plutôt de l'école que de la pratique : c'est qu'on ne voit pas de réservataires s'insurger contre leur propre intérêt et répudier des dispositions qui leur sont avantageuses. C'est que l'intérêt des parties est ici le meilleur interprète de la loi.

839. La jurisprudence a recours a divers moyens pour évaluer un usufruit ou une rente viagère.

Æmilien Macer a exposé les idées d'Ulpien à cet égard (2). On a aussi une loi du 13 pluviôse an VI, relative aux rentes viagères créées pendant la dépréciation du papier-monnaie. Enfin, il est à peu près admis que le don de moitié en usu-

(1) MM. Coin-Delisle sur 917, nos 7 et 8; Lescot, t. II, no 370 : Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, p. 291.

(2) L. 68, D., *Ad leg. falcid.*

fruit équivaut au quart en propriété (1). Néanmoins, il y a toujours un calcul de probabilité, qui est abandonné à la sagesse du juge.

840. Quand il y a plusieurs héritiers, chacun peut faire son abandon particulier et individuel, si cela lui convient, tandis que les autres s'en tiennent à la disposition. Il s'agit ici de droits divisibles, et la volonté de l'un est indépendante de la volonté de l'autre (2).

Vainement opposera-t-on, avec M. Duranton, les art. 1670 et 1685 du Code Napoléon (3). Ces deux articles forment une exception au principe de la divisibilité, et sont fondés sur la faveur due à l'acqéreur, qui ne saurait être malgré lui évincé pour partie (4). On ne saurait les étendre hors de leur cas précis, surtout ici où le législateur n'a rien dit de pareil.

841. Notre article ne parle que de la charge d'un usufruit ou d'une rente viagère. Il est évident qu'il s'applique aussi bien à un droit d'usage et d'habitation. Mais comme le droit d'usage et d'habitation est indivisible, les héritiers, s'il y en a plusieurs, devront s'entendre pour exercer leur option (5).

842. L'abandon de la quotité disponible à des légataires, gratifiés à titre particulier seulement, n'a pas pour effet de les rendre successeurs à titre universel, bien qu'ils reçoivent une quote de l'hérédité (6). Mais ils n'en supporteront pas moins les dettes jusqu'à concurrence des biens à eux abandonnés, et même, comme le dit Pothier, l'héritier qui a ac-

(1) *Infra*, n° 938, sur l'art. 922.

(2) MM. Grenier, t. IV, n°s 638, 644, et les notes de M. Bayle-Mouillard, Toullier, 5, 143; Proudhon, n° 342; Dalloz, 5, p. 413, n° 28; Coin-Delisle sur 917, n° 11; Lescot, t. II, n° 375.

(3) T. VIII, n° 346.

(4) Mon comm de la *Vente*, n°s 749 et 858.

(5) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n°s 9 et 12. M. Lescot, n° 376.

(6) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, p. 293.

quitté ou doit acquitter cette part, peut en faire déduction aux légataires sur les biens qu'il leur abandonne (1).

Comme tout se conteste en ce monde, on a contesté ce point de droit (2), et l'on a dit qu'il ne pouvait dépendre de la volonté de l'héritier de changer la nature du legs; que tout aboutit ici à un mode de payement substitué à un autre, mais que le titre originaire n'en est pas altéré; que le légataire restant un légataire particulier n'est pas soumis aux dettes. Mais, puisque la loi autorise l'héritier à convertir le legs en abandon de la quotité disponible, comment voulez-vous que la quotité disponible s'établisse, sans déduire les dettes (3)? Entendez-vous que l'art. 917 ait pour résultat de ne pas laisser à l'enfant sa réserve entière (elle ne serait pas entière s'il était tenu de la totalité des dettes), lorsqu'on sait que cet article a pour but de maintenir, dans toute sa force, le principe que la réserve ne saurait être amoindrie? Sant doute, le réservataire représentera seul le défunt; c'est contre lui seul que les actions s'exerceront. Mais il n'en aura pas moins le droit de faire contribuer celui qui reçoit effectivement la quotité disponible (4).

843. Si les dettes étaient conditionnelles ou contestées, l'héritier ne retiendrait rien, et il suffirait que les légataires lui donnassent caution de rapporter la part que les biens abandonnés devront porter dans lesdites dettes, au cas que la condition arrive, ou qu'elles soient jugées être dues. C'est la décision de Pothier (5).

844. Comme les collatéraux sont, à l'égard de l'enfant naturel, dans une situation qui a quelque rapport avec celle

(1) *Sur Orléans*, 16, 58.

(2) MM. Proudhon, nº 341; Dalloz, t. V, p. 413, nº 29.

(3) Art. 922.

(4) MM. Bayle-Mouillard, *loc. cit.*; Coin-Delisle sur 917, nº 10; Lescot, t. II, nº 378.

(5) *Loc. cit.*

des réservataires, M. Proudhon (1) croit que la faculté d'option doit leur être accordée. C'est une erreur grave. Les collatéraux n'ont point de réserve; le testateur aurait pu les dépouiller de tout au profit d'un étranger. Ils n'ont donc que le droit de faire réduire la disposition excessive faite à l'enfant naturel au mépris de la famille légitime (2). Remarquez qu'en demandant cette réduction, les collatéraux n'ont pas à rédouter l'exception tirée de l'art. 921. Nous en avons dit la raison ci-dessus (3).

845. Si le réservataire a consenti en connaissance de cause à la délivrance du legs, une fin de non-recevoir s'élèvera contre son option tardive; sinon il sera reçu à faire l'abandon. On présume facilement que le fils a cru que son père avait pris les mesures pour conserver intacte une réserve à laquelle il ne pouvait porter atteinte, et qu'en acceptant la disposition, il n'a pas entendu se faire préjudice.

C'est pourquoi il sera prudent de le forcer à s'expliquer, en l'obligeant d'accepter la charge ou de renoncer à la disposition (4).

Article 918.

La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des succesibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être de-

(1) N° 352.

(2) MM. Dalloz, 2, p. 413, n° 30; Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, p. 293.

(3) *Supra*, n° 634.

(4) Lebrun, 2, 3, 4, n° 17.

mandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale.

SOMMAIRE.

846. But de la disposition de l'art. 918.
847. Autrefois, les contrats, dont il s'agit dans cet article, étaient soumis au droit commun.
848. Prohibition de la loi du 17 nivôse, an II. — Abrogation par la loi du 4 germinal an III.
849. Combinaison de ces deux lois dans le Code.
850. Les contrats, dont s'occupe ici la loi, sont considérés comme des libéralités déguisées. — Conséquences.
851. Exception dans le cas où les successibles ont consenti à l'aliénation. — Raison de cette exception.
852. Application de ce principe que le fait de l'un ne peut nuire à l'autre.
853. Par *successibles*, la loi entend ici ceux qui, au décès de l'ascendant, ont droit à sa succession ;
854. Par exemple, l'enfant naturel devenu successible, après l'aliénation, par la reconnaissance de sa mère.
855. Peu importent l'époque et la forme du consentement des cosuccessibles à l'aliénation.
856. Toutefois, le consentement des successibles ne peut être étendu au delà des cas prévus par la loi.
857. Caractère des contrats auxquels la loi attache une présomption de fraude.
858. *Quid* de la stipulation d'une rente perpétuelle pour abandon d'un bien ?
859. Il importe peu, du reste, que la chose aliénée soit un immeuble ou un capital.
860. L'art. 918 est-il applicable si l'aliénation avec charge de rente viagère a lieu au profit d'un tiers ?
861. L'art. 918 pourrait être appliqué, alors même que la réserve de l'usufruit, au profit du père, ne serait que partielle.

862. Il y a dispense implicite de rapport dans les trois espèces de contrats énoncés par l'art. 918.

863. Mais il ne faudrait pas étendre cette règle aux autres donations déguisées.

864. Pourquoi les contrats, qui ne rentrent pas dans la catégorie de l'art. 918, restent-ils soumis au droit commun ?

865. Les dons manuels sont-ils réputés faits avec dispense de rapport ?

866. Exemple d'un cas de déguisement ne rentrant pas dans les catégories prévues par l'art. 918.

867. Autre exemple analogue.

868. *Quid* des ventes à fonds perdu, à rente viagère ou avec réserve d'usufruit faite par le fils à son père ?

869. La question d'imputation ou de rapport ne saurait être agitée à l'égard des successibles en ligne collatérale.

870. C'est à l'époque de la mort du vendeur qu'il faut apprécier la valeur de l'immeuble pour faire l'imputation sur la portion disponible.

871. Le rapport ici n'est pas de la chose même, mais de la valeur de cette chose. — Conséquence quant au surplus de la valeur.

872. Espèce jugée par la cour de Paris.

873. Le successible, qui a profité de l'aliénation, peut-il, dans le cas où l'imputation est demandée, répéter les sommes qu'il a déboursées pour prix et payement de rente viagère, et qui excéderaient le revenu dont il a joui ?

874. La présomption légale de fraude n'atteint point ici les héritiers d'un successible ;

875. Ni le mari de l'épouse successible.

876. *Quid* d'un contrat aléatoire passé au profit d'une personne, qui ne devient successible que postérieurement à ce contrat ?

COMMENTAIRE.

846. Quoique la loi ait accordé aux pères une latitude suffisante pour avantager un de leurs enfants (art. 919), il arrive souvent que des affections exagérées ne s'en trouvent pas satisfaites. Elles cherchent alors à éluder la loi par des simulations ; elles feignent, avec l'enfant préféré, des contrats onéreux, qui ne sont que des donations déguisées,

espérant échapper par ce détour à la limite de la loi. Ces faiblesses du cœur paternel sont trop bien prouvées par l'expérience, pour que le législateur ne s'en soit pas préoccupé. L'art. 918 a donc été édicté pour enlever au père un des moyens d'éluder les prohibitions de la loi (1).

Parmi les contrats, à titre onéreux en apparence, qui servent le plus souvent à masquer des avantages excessifs, il en est qui sont plus particulièrement les auxiliaires de la fraude ; c'est l'aliénation faite à un enfant, soit à rente viagère, soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit. La loi suppose, de plein droit, que ses contrats sont simulés, qu'ils ne sont, au fond, que des donations ; que les parties n'ont pas voulu faire un acte de commerce, mais que le père a voulu faire un avantage qui échappât à la critique de ses autres enfants. C'est là une présomption *juris et de jure*, contre laquelle il n'y a pas de preuve contraire admissible, si ce n'est celle qu'autorise la dernière partie de notre article, et dont nous parlerons bientôt. C'est l'application de la règle « *Inter proximos fraus facile præsumitur* ». Mais cette application est ici plus rigoureuse qu'ailleurs. Car, en principe général, les contrats ne sont pas défendus entre le disposant et ses héritiers (2), et ils ne sont déclarés frauduleux, qu'autant que la fraude est prouvée. Dans notre espèce, la simulation est censée exister *ipso facto*.

847. Autrefois les contrats, dont s'occupe notre article, étaient soumis au droit commun. La jurisprudence s'attachait à vérifier s'ils étaient de bonne foi ou frauduleux (3) ; elle les validait ou les annulait, suivant les circonstances.

848. La loi du 17 nivôse an II, préoccupée jusqu'à l'ex-

(1) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 331).
(2) Art. 853, C. Nap.
(3) M. Portalis (Fenet, t. XII, p. 332).

cès du besoin de maintenir l'égalité des partages, avait défendu les aliénations à fonds perdu ou à rente viagère, faites en ligne directe ou collatérale, à l'un des héritiers présomptifs ou à ses descendants, à moins que les autres héritiers n'eussent donné leur consentement. Elle avait senti que l'on ne manquerait pas de s'autoriser de ces contrats, pour établir des inégalités contraires à ses principes, mais réclamées par les mœurs des familles (1).

La loi de l'an VIII avait levé ce niveau absolu de la loi du 17 nivôse an II ; elle permit aux successibles de recevoir des libéralités jusqu'à concurrence de la quotité disponible; dès lors, la disposition, relative aux contrats en question, se trouva abrogée (2), et l'on rentra dans le droit commun.

849. Le Code a permis aussi, à l'exemple de la loi de l'an VIII, les libéralités de nature à avantager un ou plusieurs enfants ; mais il n'a pas voulu que l'inégalité dépassât la mesure autorisée par lui. Et comme les aliénations à rente viagère, à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, ouvrent des voies faciles à la simulation, il a appliqué à son système d'égalité mitigée, une présomption de fraude, que la loi de l'an II avait mise au service d'un système d'égalité absolue.

850. Les contrats dont il s'agit sont donc des libéralités présumées, des donations déguisées.

De là deux conséquences : ou la libéralité n'excède pas la quotité disponible, ou elle l'excède.

Si elle n'excède pas la quotité disponible, le successible peut retenir le don à titre d'avantage par préciput ; car le disposant a bien pu faire indirectement, en sa faveur, ce que la loi l'autorisait à faire directement.

(1) Voy. le décret du 22 ventôse an II.

(2) Cassat., 21 ventôse an XIII (Devill., 2, 1, 83).

Si elle excède la quotité disponible, le successible avantagé devra à ses cohéritiers le rapport du surplus. Le reste sera imputé sur la quotité disponible et retenu par lui.

Sous la loi de nivôse an II, la libéralité devait être rapportée pour le tout, parce que, par un désir ardent d'égalité, cette loi défendait de rien donner à l'un de ses héritiers. Mais la législation actuelle, qui donne le droit d'avantager un successible dans des limites déterminées, aurait été inconséquente en exigeant le rapport de la totalité. Aussi borne-t-elle ce rapport à ce qui excède la quotité disponible.

851. Nous venons de dire, que la loi répute libéralités les aliénations à titre onéreux qui nous occupent. Il n'y a qu'une exception à cette règle : c'est lorsque les autres cosuccessibles en ligne directe ont consenti à ces aliénations. Ce consentement, de la part d'individus intéressés à ce que leur auteur ne se dépouille pas gratuitement à leur préjudice, donne à l'acte une garantie et un caractère de sincérité tout à fait incontestable. C'est peut-être là une dérogation au principe qui défend de pactiser sur la succession d'un homme vivant (1). Mais cette dérogation s'explique par les motifs les plus plausibles. La loi, voulant prévenir les contestations, n'a pas vu de meilleur moyen que de prendre le témoignage de la famille, pour établir que l'aliénation a été faite à titre onéreux, que ce n'est pas une libéralité déguisée, et que le cosuccessible a payé l'équivalent de ce qu'il a reçu.

Ceci posé, ce serait en vain, qu'après le décès de leur auteur, les cosuccessibles viendraient dire que leur consentement a été donné par complaisance ou par crainte révérentielle, *ne*

(1) Cassat., 2 janvier 1828 (D., 28, 1, 80). M. Grenier, t. IV, n° 642. Arg. de ce que dit Lebrun, *Success.*, 2, 6, 1, 4, n° 29.

pater, comme disait Dumoulin, *pejus faceret* (1); que le père, en les déterminant, par son ascendant et son autorité domestique, à reconnaître comme onéreux un contrat qui n'était qu'à titre gratuit, a obtenu d'eux une renonciation à un droit à exercer sur une succession future. La loi ne permet pas de scruter après coup ces pactes de famille; elle en présume de plein droit la sincérité, dès l'instant qu'un consentement libre a été donné; elle ne veut pas qu'un consentement, demandé par elle pour éviter les procès, devienne la matière d'un procès.

Ce n'est qu'autant que le consentement aurait été extorqué par fraude, violence, etc., etc., qu'on rentrerait dans le droit commun (2).

852. Il est hors de doute que si, parmi les successibles, il y en avait qui eussent donné leur consentement à l'aliénation, et d'autres qui l'eussent refusé, alors la même aliénation serait considérée comme à titre onéreux à l'égard des premiers, et comme disposition gratuite par rapport aux derniers. Cela est fondé sur ce que les droits de ceux auxquels la loi attribue une réserve sont divisibles entre eux, et que le fait de l'un ne peut ni profiter ni nuire aux autres (3).

853. On demande si la loi se contente du consentement de ceux qui étaient successibles au moment de l'acte, ou bien si ceux qui, n'étant pas successibles au moment de l'acte, le sont devenus à l'ouverture de la succession, pourraient opposer leur défaut de consentement.

La jurisprudence a tranché cette question dans un sens que les auteurs n'ont pas tous approuvé, mais avec des arrêts trop nombreux pour n'en pas accepter l'autorité. Ajoutons

(1) *Sur Viiry*, art. 99. Lebrun, *loc. cit.*, nº 26.

(2) Voy. un arrêt de la cour de cassation du 2 janvier 1828 (Dalloz, 28, 1, 80). M. Bayle-Mouillard, t. IV, p. 299. M. Lescot, t. II, nº 401.

(3) M. Grenier, t. IV, nº 644.

que l'interprétation donnée par la jurisprudence prend un solide point d'appui dans la loi du 22 nivôse an II (1), dont l'art. 918 est une imitation. Il a donc été décidé, que le mot *successible*, employé dans notre article, s'entend de tous ceux qui, au décès de l'ascendant, ont un droit à sa succession. Ce ne sont pas seulement les héritiers existant avant l'aliénation qui sont envisagés par l'art. 918, ce sont encore les héritiers nés depuis cette même aliénation (2). L'expression *successibles* ne saurait s'entendre que de ceux qui ont, au décès, un droit réel et positif à la succession ; car il n'y a de successibles qu'à cette époque : avant, il n'y a pas de succession.

854. Partant de ces idées, la cour d'Agen en a fait l'application à l'enfant naturel devenu successible, après l'aliénation, par une reconnaissance de sa mère. Elle a assimilé cette reconnaissance à une survenance d'enfant légitime, qui suivrait l'aliénation (3).

« Attendu, dit l'arrêt de cette cour, que la loi, en donnant à tous les successibles qui n'ont point consenti à l'aliénation le droit de la quereller, n'a pu vouloir désigner, par cette expression de *successibles*, que ceux qui ont, au décès, un droit réel et positif à la succession; qu'il n'y a eu, en effet, de successibles qu'à cette époque, parce qu'alors seulement il y a une succession, et qu'alors seulement on peut reconnaître ceux que la loi appelle à la succession; que si telle n'eût pas été la pensée du législateur, il n'eût pas employé le mot *successibles*, ou il l'eût modifié par quelque autre expression; qu'il importe peu quelles peuvent être les con-

(1) Art. 26.

(2) Cassat., 25 novembre 1839 (Devill., 40, 1, 33). Poitiers, 23 mars 1839 (Devill., 39, 2, 295). Rouen, 31 juillet 1843 (Devill., 44, 2, 295). Voy. *contra* Toullier, t. V, n° 152. Grenier, t. II, n° 642, et M. Bayle-Mouillard, p. 340. M. Merlin, Répert., v° *Réserve*, sect. 3, § 3, n° 6. M. Lescot, t. II, n° 407.

(3) 29 novembre 1847 (Devill, 48, 2, 29 et 30).

séquences fâcheuses de l'application littérale de loi ; que, lorsqu'elle parle sans ambiguïté, elle doit être rigoureusement exécutée ; — attendu, dès lors, qu'il n'importe nullement qu'Anne Coste n'ait été reconnue qu'après l'acte du 18 avril 1816 ; elle n'en était pas moins successible lors du décès de sa mère ; il en doit être de cette reconnaissance comme de la survenance d'un enfant légitime, après un acte semblable d'aliénation ; dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit d'une succession ouverte, d'en déterminer la valeur, d'en constater la quotité disponible, et d'attribuer à chacun un droit ; qu'on dirait envain que l'enfant naturel, quoique reconnu, n'a pas la qualité d'héritier ; qu'il n'en est pas moins vrai que la loi lui donne un droit sur les biens, lui fait une réserve, dont elle fixe les limites ; d'où suit que l'action d'Anne Coste doit être déclarée recevable. »

855. Le consentement des successibles peut précéder ou suivre le contrat(1).

Ce consentement peut aussi être tacite : la loi n'a pas imposé là-dessus de formes sacramentelles. Ainsi une exécution volontaire peut être considérée comme emportant un consentement(2).

856. Remarquez, au surplus, que le consentement des successibles n'a d'autorité que dans les cas strictement prévus par notre article.

Ainsi, il ne serait d'aucune considération s'il était donné pour des contrats autres que ceux que mentionne l'art. 918, par exemple, pour un contrat de rente perpétuelle(3).

Ainsi encore, il ne lierait pas les cosuccessibles s'il portait

(1) Montpellier, 6 janvier 1829 (Dalloz, 30, 2, 79).
(2) 30 novembre 1841, req. (Dalloz, 42, 1, 31 ; Devill., 42, 1, 282).
(3) Cassat., 15 novembre 1817 (Dolloz, 18, 1, 16).

sur un contrat passé avec une personne ne faisant pas partie des cosuccessibles (1).

Par exemple :

Primus vend un immeuble avec réserve d'usufruit à Tertius, son petit-fils; Secundus, héritier de Primus et père de Tertius, intervient à cette vente et déclare y consentir, en renonçant à toute part de légitime et supplément de légitime. Si Secundus veut revenir contre ce consentement, on ne saurait lui opposer l'art. 918. L'acte, auquel il a donné son adhésion, n'est pas passé dans les termes de cette disposition, et aucune fin de non-recevoir ne l'empêche d'établir que la vente n'est qu'une donation déguisée.

857. Ceci nous amène à préciser, d'une manière plus particulière, le caractère des contrats, que notre article tient, de plein droit, pour simulés.

C'est d'abord l'aliénation à rente viagère. Pierre vend tel domaine à son fils aîné, moyennant 2,000 fr. de rente viagère. Un tel contrat est présumé donation (2).

C'est ensuite l'aliénation à fonds perdu : comme, par exemple, Pierre vend sa maison à son fils aîné, si celui-ci lui donne un droit d'habitation viager dans son château de Valenroi. Toute aliénation à rente viagère est un fonds perdu ; mais tout fonds perdu ne se traduit pas par une rente viagère.

C'est enfin l'aliénation à charge d'usufruit. Pierre vend à son fils aîné sa maison de la place Vendôme, moyennant 400,000 francs, avec réserve d'usufruit.

858. Tous les auteurs ont repris M. Duranton d'avoir en-

(1) Grenoble, 25 mars 1831 (Dalloz, 32, 2, 205).

(2) Voy. mon Comm. des art. 1968 et suiv. du Code Nap. J'y ai dit que le contrat de rente viagère était inconnu des Romains, n° 204. M. Lescot croit que j'ai commis une erreur, et il m'oppose la loi 1. C. *De donat. quæ sub modo*. Mais il ne fait pas attention qu'il s'agit dans cette loi d'une *donation* (*donatum a te*), moyennant l'obligation imposée au donataire de fournir certains aliments au donateur ; ce qui n'est pas le contrat de rente viagère.

seigné, que la stipulation d'une rente perpétuelle, pour abandon d'un bien ou d'une somme d'argent, constitue un fonds perdu. Il est évident, en effet, qu'un fonds, qui est destiné à produire perpétuellement des revenus, n'est pas perdu. La rente viagère s'éteint avec la vie du crédi-rentier. Voilà pourquoi le fonds en est perdu. Mais une rente perpétuelle, qui doit durer toujours, n'entraîne pas la perte du fonds qui engendre ce bénéfice annuel (1).

859. Il importe peu que la chose aliénée soit un immeuble ou un capital. La loi ne distingue pas et elle ne devait pas distinguer. Rien de plus évident que notre proposition (2).

860. Mais une question plus grave consiste à savoir si l'art. 918 est applicable aux aliénations avec charge de rente viagère, non pas au profit du père, mais au profit d'un tiers.

La cour de cassation a décidé qu'il ne fallait pas faire de distinction, puisque l'art. 918 n'en fait pas (3). Un autre arrêt du 27 avril 1808 conduit à un résultat contraire (4).

Le premier de ces arrêts a été fortement critiqué (5). On lui oppose que la simulation, si facile à présumer entre le père et le fils, ne saurait être admise de la même manière, lorsque c'est un tiers qui reçoit les arrérages, qui en donne quittance, etc.

Mais voyons les espèces.

Dans l'arrêt de la cour de cassation, du 7 août 1833, il s'agissait d'un traité entre le sieur Bidon et son fils aîné;

(1) Cassat., 12 novembre 1827 (Dalloz, 28, 1. 16). Pothier, *Constit. de ente*, n°s 227 et 249.

(2) Cassat., 7 août 1833 (Devill., 33, 1, 699. Dalloz, 34, 1, 55). Arg. des art. 1968 1970 C. Nap.

(3) 7 août 1833 précité. Angers, 7 février 1829 (Dalloz, 29, 2, 54).

(4) Devill., 2, 1, 522.

(5) M. Coin-Delisle, art. 918, n° 5. M. Lescot, t. II, n° 392. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, p. 295.

traité par lequel le sieur Bidon fils s'était engagé à forfait, moyennant un capital de 15,000 francs qu'il avait reçu de son père, à servir diverses parties de rentes s'élevant ensemble à 15,000 francs, que ce dernier devait à différentes personnes. Par le même traité le sieur Bidon fils, moyennant un autre capital de 30,000 francs, qu'il avait également reçu de son père, avait constitué en faveur de ce dernier une rente viagère de 3,000 fr.

Au décès du sieur Bidon père, les autres enfants demandèrent, contre leur frère aîné, le rapport des capitaux qu'il avait reçus du père commun, à charge de rentes viagères à servir soit à Bidon père lui-même, soit à des tiers.

Bidon fils soutint qu'il fallait au moins distinguer, dans l'espèce, entre le capital de 30,000 francs, destiné au service d'une rente viagère au profit du père commun, et le capital de 15,000 francs, destiné au service des rentes que ce dernier devait déjà à des tiers; dans ce dernier cas, on ne pouvait admettre la présomption d'un avantage indirect du père au fils, dans le sens de l'art. 918 du Code Napoléon.

Un arrêt du 7 février 1829 de la cour d'Angers (1) rejeta cette distinction, et condamna Bidon fils au rapport intégral des sommes par lui reçues.

Devant la cour de cassation, le conseiller rapporteur faisait observer, que si un père de famille pouvait transmettre à l'un de ses héritiers la charge de servir des rentes viagères, qu'il avait déjà constituées et qu'il aurait payées depuis longtemps, et lui remettre en même temps les capitaux qu'il aurait touchés pour ces constitutions, il pourrait résulter de cette substitution de l'héritier à l'auteur commun un avantage considérable pour le successible, qui recueillerait le bénéfice des extinctions.

(1) Sirey, 29, 2, 171.

L'arrêt de la cour décida de la façon la plus absolue, qu'il n'y avait lieu de faire, dans l'espèce, aucune distinction, et que l'art. 918 n'en a en effet consacré aucune entre les placements faits sur la tête de l'auteur commun et ceux effectués sur des têtes étrangères; qu'en conséquence l'on doit, dans tous les cas, considérer comme placements à fonds perdu, dans le sens de l'art. 918, les placements faits sur des têtes étrangères ou sur la tête du vendeur, toutes les fois que l'aliénation est faite par l'auteur commun en faveur du successible, qui est appelé à recueillir le bénéfice de l'aliénation, lors de l'extinction de la rente.

Il nous paraît difficile de répondre à l'arrêt de la cour de cassation et à la considération mise en avant par le conseiller rapporteur.

Aussi, tout en joignant ses critiques à celles de M. Coin-Delisle, qui veut que ces locutions, *à rente viagère* et *à fonds perdu*, soient exclusivement relatives à la personne du vendeur, M. Bayle-Mouillard (1) avoue, cependant, qu'il pourra arriver que la solution de la question dépende des espèces.

Il est vrai que l'arrêt de cassation précité, du 27 avril 1808, rendu par application de la loi du 17 nivôse an II, donne aux mots *fonds perdu* (dont se servait aussi l'art. 26 de cette loi) la même signification que MM. Coin-Delisle et Bayle-Mouillard. Mais il s'agissait, dans l'espèce, d'une vente faite à un successible, avec charge de rente viagère au profit de la femme du vendeur. Or, l'arrêt décide que ce n'est pas là la vente à fonds perdu ayant le caractère prohibé, attendu qu'elle n'est point une vente à fonds perdu au profit du vendeur.

Cette dernière solution nous paraît aussi peu justifiée sous la loi de nivôse qu'elle le serait sous le Code Napoléon, et

(1) *Loc. cit.*

nous n'hésitons pas à préférer la solution donnée par l'arrêt de 1833.

861. L'art. 918 pourrait être appliqué, alors même que la réserve de l'usufruit au profit du père ne serait que partielle. Ainsi un père vend une maison à l'un de ses enfants. Il stipule, soit dans le même acte, soit dans un acte postérieur, qu'il conservera, sa vie durant, l'usufruit de deux appartements du rez-de-chaussée (1); ou bien encore il vend à l'un de ses successibles trois maisons, et se réserve l'usufruit de l'une des trois maisons (2). Dans ces divers cas, il y a lieu d'appliquer l'art. 918.

862. Lorsque le contrat présente les conditions d'existence de l'un de ceux que l'art. 918 a en vue, le contrat n'est pas seulement présumé être une libéralité, il est encore censé être une libéralité avec dispense de rappport. C'est ce qui résulte expressément de notre article, puisqu'il veut que la donation s'impute sur la portion disponible.

Pourquoi, cependant, ne pas traiter ces donations comme des avancements d'hoirie? pourquoi accorder à ces donations déguisées, un privilége que n'ont pas des donations faites sincèrement et ouvertement? La dispense de rapport, qui ne se suppose jamais, est-elle assez profondément gravée dans ces donations déguisées, pour les soustraire à la disposition de l'art. 843? Comment concilier l'art. 918 avec l'art. 853, qui considère comme rapportables les avantages indirects? En un mot, les contrats dont il s'agit renferment-ils la dispense expresse du rapport, exigée par la novelle 18, chap. 6, et par les art. 919 et 843 du Code Napoléon?

Ces questions pénètrent, on le voit, dans les profondeurs de l'art. 918.

(1) Poitiers, 26 mars 1825 (Dalloz, 25, 2, 174. Devill., 8, 2, 56).
(2) Cassat., 25 novembre 1839 (Dalloz, 40, 1, 14. Devill., 40, 1, 33).

Voici comment on peut y répondre :

Quand un père, animé du désir de faire un avantage à son fils, choisit à dessein un contrat à titre onéreux, tel que l'un des trois envisagés par notre article, pour l'investir du montant de sa libéralité, il montre, par là, que son intention est qu'il possède la chose au même titre que s'il l'avait acquise comme acquéreur et moyennant un prix ; que par conséquent, il en doit rester propriétaire tout aussi bien que s'il l'avait achetée ; qu'en un mot, elle a été aliénée (pour me servir de l'expression de notre article), et non pas seulement avancée à un successible pour être rapportée. En pareil cas, donc, la dispense de rapport résulte implicitement, mais nécessairement, de la forme du contrat, de l'intention formelle qui s'attache au choix que le disposant en a fait, du titre en vertu duquel le fils a été saisi (1).

D'un autre côté, il faut considérer ceci : l'art. 918 s'est montré inexorable envers les contrats dont nous nous occupons. Il fait peser sur eux une présomption inflexible de gratuité, malgré toutes les preuves contraires. Il devait, par compensation, les traiter comme les donations les plus favorisées, afin de prévenir les inconvénients d'un rapport, qui aurait été une souveraine injustice, si, par hasard, la présomption de la loi se fût trouvée manquer de réalité (2). La sévérité, d'une part, avait donc pour conséquence l'indulgence de l'autre, et la sollicitude pour le donataire devait succéder à la rigueur que lui imposait cette qualité.

Telle est la double raison qui justifie l'art. 918. Personne ne peut se plaindre, et tous les intérêts sont conciliés.

863. Mais est-ce à dire que cette dispense implicite de

(1) Argument de la loi *Filiæ*, 18 C., *Familiæ ercisc.*

(2) M. Coin-Delisle sur 918, n° 13. M. Bayle-Mouillard, t. IV, p. 903.

rapport doit être étendue à toutes les donations déguisées, autres que celles prévues dans l'art. 918 ?

Cette question a fort préoccupé les esprits, il y a quelques années (1). Aujourd'hui, on est d'accord pour reconnaître, que l'art. 918 ne doit pas être transporté nécessairement hors du cercle qu'il embrasse d'une manière expresse. La jurisprudence est faite : elle examine les cas, elle pèse les circonstances, elle se prononce pour ou contre la dispense de rapport, suivant l'impression produite par les faits sur la conscience des magistrats. Je crois avoir contribué à l'établissement de cette jurisprudence par un arrêt, que j'ai rédigé comme président de chambre à la cour de Nancy (2) dans l'espèce suivante :

Le sieur Scallier père avait vendu à plusieurs de ses enfants, pour 12,558 francs, des immeubles qui valaient plus de 40,000 francs. A son décès, ceux de ses successibles qui étaient restés étrangers à ces ventes les attaquèrent comme renfermant des donations déguisées, et en demandèrent le rapport à la succession. Les donataires résistèrent à cette dernière prétention ; ils soutinrent, en principe, que les donations déguisées valaient, comme libéralités, jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Voici dans quels termes l'arrêt de la cour de Nancy décida que le déguisement ne pouvait être considéré comme l'équivalent d'une dispense de rapport :

« Considérant que l'égalité est le principe de droit naturel » et de droit civil qui doit présider au partage, entre en- » fants, de la succession de leur auteur commun ; que, sans » doute, la loi a bien pu, par des considérations d'ordre pu-

(1) M. Dalloz, *Success.*, p. 418.

(2) 26 novembre 1834 (Devill., 35, 2, 63. Dalloz, 35, 2, 105). La même cour a reproduit sa doctrine dans un arrêt du 4 juin 1859 (Devill., 59, 2, 477). *Junge* Lyon, 24 juin 1859 (Devill., 60, 2, 17).

» blic, armer l'autorité paternelle du droit d'avantager un
» ou plusieurs enfants au préjudice des autres, mais que
» cette préférence ne se présume jamais, et doit être expri-
» mée par le père de famille, de manière à rendre impossible
» toute espèce de doute sur sa volonté ; que, pour peu que
» l'intention de favoriser un ou plusieurs enfants par un par-
» tage inégal présente d'incertitude, la loi, toujours amie
» d'une égalité juste et humaine, suppose de plein droit, que
» les donations, faites de son vivant par le défunt, n'ont été
» qu'un simple avancement d'hoirie, soumis à l'obligation
» du rapport ; que ces règles sont consacrées par les art. 843,
» 853 et 919 du Code Napoléon. »

« Considérant que rien n'indique, dans la cause, d'une
» maniere irréfragable, que Scallier ait voulu que les dona-
» tions contestées fussent retenues à titre de préciput et hors
» part ; que le déguisement qui lui a servi à masquer sa libé-
» ralité est loin d'équivaloir à la déclaration expresse de
» dispense de rapport exigée par l'art. 843 et par l'art. 919
» précités ; qu'en effet, cette simulation, peu digne d'ail-
» leurs de faveur, par cela seul qu'elle manque de franchise,
» peut s'expliquer soit par la commodité que présente la
» vente, plus dégagée de formalités que la donation solen-
» nelle, soit par le besoin de maintenir, pendant la vie du
» père, la paix et l'union dans la famille, en donnant l'appa-
» rence de contrats commutatifs à des actes, qui, s'ils eussent
» présenté à découvert le caractère de libéralité pure, eussent
» excité la jalousie des enfants non appelés à profiter de ces
» avancements d'hoirie ; qu'il est vrai que l'art. 918 du Code
» Napoléon considère comme virtuellement affranchis du
» rapport certains avantages déguisés sous la forme de con-
» trats onéreux ; mais que la disposition de cet article est
» limitative pour les aliénations à rente viagère, à fonds
» perdu, ou avec réserve d'usufruit, et qu'il serait extrême-

» ment hasardé de l'étendre, sous prétexte d'analogie, à des
» contrats à titre onéreux, que cet article n'a pas expressé-
» ment énumérés; qu'en pénétrant dans les motifs qui ont
» déterminé l'art. 918, on est amené à reconnaître, que la
» vente faite avec réserve d'usufruit, ne présentant aucun
» avantage pendant la vie du donateur, ne peut être consi-
» dérée comme un simple avancement d'hoirie au profit du
» donataire; car l'avancement d'hoirie suppose un émolument
» de la succession conféré par anticipation et pour satisfaire
» des besoins présents; or, la réserve d'usufruit enlevant au
» donataire toute jouissance et tout profit actuel, l'idée
» d'avancement d'hoirie disparaît pour faire place à l'idée
» d'un avantage dispensé de rapport, sans quoi la disposition
» serait complétement inutile; qu'on ne concevrait pas le
» but d'une pareille donation, en la soumettant à la loi du
» rapport, tandis que l'efficacité en devient manifeste, si on
» sous-entend que le donateur a voulu qu'à l'époque qui
» suivrait son décès, le donataire resterait saisi par préciput
» et hors part; que le même raisonnement s'applique
» soit à une vente à fonds perdu, soit à une vente à
» charge de rente viagère, qui, grevant le donataire de
» charges onéreuses pendant la vie du donateur, recule, jus-
» qu'à l'ouverture de la succession, le bénéfice qui doit les
» compenser.

» Mais, attendu que ces considérations, suffisantes pour
» expliquer aux yeux de la raison l'art. 918, n'ont plus la
» la même valeur, quand on les applique à des ventes revê-
» tues des caractères ordinaires, et offrant, comme dans
» l'espèce, aux donataires des avantages actuels, positifs,
» certains, et de nature à se soutenir à titre d'avancement
» d'hoirie; que de tout ce qui précède il résulte que le tri-
» bunal a fait grief aux parties de Volland, en déclarant les
» ventes dont il s'agit dispensées du rapport, et qu'il est de

» toute justice d'ordonner qu'elles seront réunies à la masse » de la succession, etc..... »

Depuis cette époque, la cour de cassation, à mon rapport, a fortifié cette manière de voir par l'autorité qui s'attache à ses décisions (1); elle a pensé et elle pense toujours que, dans certaines circonstances, le déguisement peut n'être pas une preuve suffisante que le disposant a voulu exempter le donataire de l'obligation de rapporter; qu'au contraire, dans d'autres circonstances, le déguisement conduit à admettre la dispense de rapport, qui, en pareil cas, n'a pas besoin d'être autrement exprimée, puisqu'elle est *in natura rei* (2); qu'enfin c'est aux cours d'appel qu'il appartient d'examiner et d'apprécier les circonstances (3).

Voici ce que je disais dans mon rapport (4) :

« La signification de l'arrêt attaqué (il s'agissait d'un ar- » rêt de la cour de Caen du 27 novembre 1840) est celle-ci : » Toute donation déguisée peut être déclarée dispensée de » rapport, alors même que la formule de l'art. 919 n'a pas » été employée, pourvu qu'il résulte des circonstances que » telle a été l'intention du père de famille. Et, en effet, » ce point de vue est le seul vrai. Dire qu'une donation dé- » guisée est virtuellement dispensée de rapport, c'est aller » contre la vérité, ériger en principe des présomptions de » droit qui ne sont pas infaillibles, le tout pour donner à un » acte simulé une faveur que n'aurait pas un acte sincère.

(1) 20 mars 1843 (Devill., 43, 1, 451).

(2) Cassat., 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 621). Cassat., req., 20 décembre 1843 (Devill., 44, 1, 14), 19 août 1844 (Devill., 44. 1, 13). 10 nov. 1852 (Palais, 1853, 1, 5). 16 juillet, 6 novembre et 3 décembre 1855 (Devill., 56, 1, 246, 248, 57, 1, 200). *Junge* Dissertat. insérées dans Devilleneuve, 4, 2, 365; 5, 1, 363 et Dalloz, vo *Succession*, p. 418. V. encore la Dissertation de M. Paul Pont, insérée dans la *Revue critiq.*, t. III, p. 149.

(3) Cassat. req., 20 mars 1843 (Devill., 43, 1, 451, à mon rapport).

(4) *Loc. cit.*

» Souvent la forme détournée de la vente ou du contrat » onéreux n'a été employée que pour éviter des formes gê- » nantes ou des droits d'enregistrement considérables ; sou- » vent elle n'a été mise en usage que pour maintenir l'har- » monie dans les familles et écarter provisoirement l'idée » d'avantages, qui auraient pu exciter la jalousie entre les » enfants.... La vérité vous paraîtra donc être ceci : une » donation déguisée n'est pas soumise à l'expression expli- » cite, requise par l'article 919 du Code Napoléon. Mais au » moins, il faut des preuves indépendantes du seul dégui- » sement, pour établir que le donateur a voulu faire une » donation hors part. Maintenant, qui appréciera la cir- » constance d'où découle cette volonté ? Les cours royales. » Votre arrêt du 3 août 1841 établit qu'elles ont, à cet égard, » un pouvoir souverain. Ici, la difficulté pourrait venir de » ce que la cour a dit : *Que la volonté du père d'avantager* » *son fils par préciput et hors part est établie par le fait même.* » Quel est ce fait? Est-ce uniquement le fait du déguise- » ment, ou bien est-ce le fait du contrat envisagé dans son » ensemble, expliqué par les circonstances de la cause ? La » cour aurait pu tenir un langage plus clair et plus précis. » Mais vous ne cassez pas les arrêts pour défaut de clarté et » de précision, et il suffit qu'une décision attaquée puisse, à la » rigueur, s'expliquer dans un sens juridique, pour que vous » reculiez devant la mesure rigoureuse d'une annulation. »

864. Il est donc bien constant, que l'article 918 ne forme pas une règle qui doive s'étendre hors de son cas.

Ceci posé, il suit que les aliénations, qui ne rentrent pas dans la catégorie des contrats à rente viagère, à fonds perdu, avec charge d'usufruit, sont abandonnées à la sagesse du juge, non-seulement pour discerner si elles sont oui ou non des donations, mais encore pour voir si, dans la pensée du disposant, elles sont exemptes de rapport.

La raison de ceci se présente d'elle-même, malgré l'analogie des trois contrats, prévus par l'article 918, avec tous les autres contrats à titre onéreux passés avec un successible.

En effet, la loi, ne présumant pas nécessairement la simulation de ces derniers, n'a pu leur accorder la faveur qu'elle accorde aux premiers en retour de ses rigoureuses présomptions (1). Elle les a donc laissés sous l'empire du droit commun, et c'est au juge à rechercher, dans les faits et circonstances, ce que l'article 918 a établi de son autorité par des présomptions légales.

865. C'est ce qui sert à résoudre la question célèbre, qui consiste à savoir, si les dons manuels sont censés faits avec dispense de rapport?

Les uns soutiennent que la remise manuelle n'est pas suffisante, à elle seule, pour expliquer la volonté du disposant; qu'il faudrait que cette volonté se manifestât par d'autres circonstances (2).

D'autres (3) pensent, au contraire, que la dispense de rapport est virtuelle, qu'elle résulte forcément de la nature des choses, que le disposant n'a adopté la forme du don manuel que pour ne pas laisser de trace de sa libéralité.

Mais la première opinion est préférable en droit. Il est

(1) *Supra*, n° 862.

(2) Rouen, 12 mars 1845 (Devill., 45, 2, 464). Autre du 24 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 105). Montpellier, 11 juin 1846 (Devill., 48, 2, 114). Toulouse, 13 mai 1846 (Devill., 48, 2, 115). Bastia, 26 décembre 1855 (Devill., 56, 2, 13). Lyon, 18 mars 1859 (J. du Pal. 60, p. 650; Devill., 60, 2, 20). *Junge* MM. Toullier-Duvergier, t. 5, n° 178 et note *a*; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 843, observ. 4; Aubry et Rau, t. 5, p. 332; Demolombe, *Des succ.*, t. 4, nos 255 et 328; ce dernier auteur enseigne même que ces dons ne peuvent être dispensés du rapport que par une déclaration expresse en la forme prescrite par les art. 853 et 919 C. Nap. — V. aussi le Dictionnaire du Notariat, 4e édit., v° Rapport à succession, nos 85 et suiv.

(3) Bordeaux, 2 mai 1831 (Devill., 31, 2, 324). — *Junge* MM. Toullier t. 3, p. 316; Poujol, *Des succ.*, art. 843, n° 13.

vrai qu'en fait, elle conduit presque toujours au même résultat que la seconde ; car il est bien rare que les remises manuelles ne soient pas faites dans des circonstances qui prouvent, chez le disposant, l'intention de ne pas imposer le rapport. Il n'est pourtant pas impossible non plus de rencontrer des présomptions contraires, comme, par exemple, si le père de famille avait tenu des registres domestiques où il aurait inscrit ses dons, et où il aurait dit qu'il avait voulu aider son fils sans briser l'égalité entre ses enfants. J'ai vu un exemple de ce que je dis ici.

866. Voici un autre cas où le déguisement sort des moyens détaillés par l'article 918, et où, par suite, les présomptions de l'homme viennent prendre la place des présomptions de la loi.

Un père s'était entendu avec son fils, pour que ce dernier achetât un immeuble en son propre nom, tandis que lui, père, avait payé le prix de ses deniers, sous le nom du fils (1). Le déguisement porte ici sur l'argent prêté : ce qui a été donné par le père, c'est de l'argent ; il n'a pas donné l'immeuble, c'est le fils qui en est le seul et unique acquéreur. Le père n'a pas voulu l'acheter, et il n'y a pas d'acquéreur malgré soi.

Mais l'argent, payé par le père, devra-t-il être rapporté en totalité, ou seulement dans ce qui excède la portion disponible ? Il n'y aurait pas de doute si le contrat était de ceux dont parle l'article 918. Mais il en est profondément distinct : partant, tout dépend de l'intention, des faits, des circonstances, et il appartient aux cours d'appel d'examiner et d'apprécier tout cela dans leur sagesse (2). La loi 18, C., *famil. ercisc.*, donne un argument assez puissant en faveur

(1) Cassat., 20 mars 1843 (Devill., 43, 1, 451).
(2) *Loc. cit.* Voy. mon rapport, *loc. cit.*

du préciput, et les faits le rendent ordinairement vraisemblable.

867. La cour de Paris a eu à juger une espèce qui a de l'analogie avec la précédente (1), dans laquelle elle a fait prévaloir l'obligation de rapporter. Un père avait acquis, au nom de ses enfants mineurs, la nue propriété de trois inscriptions de rente sur l'État. Il avait fait mettre sous son nom l'usufruit de ces inscriptions. Comme les trois enfants mineurs, dont il s'agit, n'avaient aucun bien personnel, et qu'il ne leur avait été fait aucune libéralité par des tiers, il y avait lieu de présumer que l'achat de ces rentes était une donation déguisée au profit des mineurs : aussi la cour de Paris, se fondant sur ces présomptions, reconnut, dans les faits qui lui étaient soumis, le caractère d'une donation déguisée, et ordonna le rapport des inscriptions à la masse active de la succession.

Cet arrêt ne paraît pas avoir été bien compris par les auteurs qui l'ont critiqué (2). Ils croient voir, dans l'espèce, un cas précis d'aliénation avec réserve d'usufruit, et blâment, par conséquent, la cour d'avoir ordonné le rapport, contrairement à l'art. 918.

Mais ils ne font pas attention qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat de cette espèce : c'est un déguisement particulier, un achat de rentes pour compte des fils en fournissant le prix, un contrat qui ne faisait pas peser l'usufruit sur la chose aliénée par le père, mais sur la chose achetée avec l'argent du père.

Ce qu'il y aurait de mieux, ce serait d'opposer à l'arrêt de la cour de Paris la loi 18, C., *famil. ercisc.*, qui, dans un cas analogue, aperçoit un préciput. Mais la cour a pu se déter-

(1) 19 juillet 1833 (Devill., 33, 2, 397).
(2) M. Lescot, t. II, no 393. M. Vazeille sur l'art. 918, n° 7.

miner par des circonstances particulières. Je n'oserais pas contester la justesse de sa décision.

868. Nous avons raisonné, jusqu'ici, dans l'hypothèse d'un contrat de rente viagère et autre passé par un père avec l'un de ses fils qu'il veut avantager.

Notre article n'est pas moins applicable, lorsqu'il s'agit d'un contrat passé entre un fils et son père. L'ascendant est successible en ligne directe. Il n'en faut pas davantage, pour obliger l'interprète à ne pas s'écarter, en ce qui le concerne, de l'art. 918 (1).

Il est vrai qu'il ne faut pas redouter beaucoup les ventes à fonds perdu, les ventes à rente viagère, les ventes avec réserve d'usufruit faites par un fils à son père, tandis qu'il faut, au contraire, les craindre du père au fils. Quel est le fils qui, voulant faire à son père un avantage excessif, ira choisir la forme de telles aliénations, où tous les calculs de probabilité sont renversés? Comment attacher, d'ailleurs, une présomption de préciput à une aliénation qui, suivant les chances ordinaires de la vie, n'enlève pas au fils l'espérance de retrouver, comme héritier, une partie du fonds perdu, une partie de sa propriété? Ce serait donc un biais assez maladroit, et il n'est pas vraisemblable que la dissimulation y ait souvent recours.

869. Comme les successibles en ligne collatérale n'ont pas de réserve, et qu'à leur égard le défunt a pu disposer de la totalité de son patrimoine, il s'ensuit qu'ils n'ont pas le droit de demander l'imputation ou le rapport accordé par notre article; telle est la disposition finale de ce texte. Édicté dans le seul intérêt de la légitime, il ne concerne pas es héritiers qui n'ont pas de réserve, ni les successions où il n'y a pas de réserve.

(1) *Contra* M. Delvincourt; voy. ses raisons, t. II, p. 224, note 7.

870. Lorsque le père a vendu un immeuble à l'un de ses enfants, à rente viagère ou à charge d'usufruit, l'imputation, qui doit en être faite sur la portion disponible, aux termes de l'art. 918, n'est pas de la valeur qu'avait l'immeuble au jour de la vente, mais de la valeur qu'il avait au jour du décès du vendeur (1). C'est la conséquence de l'art. 922.

871. Et puisque c'est la valeur de la chose et non la chose même qui est prise ici en considération, il s'ensuit que toutes les fois qu'il y a lieu à rapport par celui qui, ayant reçu plus que la portion disponible, doit communiquer ce surplus à ses cohéritiers, ce rapport n'est pas de la chose même, mais de la valeur de cette chose. C'est un cas exceptionnel, où le rapport ne doit pas se faire en nature, la loi n'ayant pas voulu que le contrat fût scindé (2).

872. Voici, cependant, une espèce où la cour de Paris a cru pouvoir s'écarter de cette règle (3).

Par acte du 25 germinal an XIII, Flandin avait vendu à son fils d'un premier lit plusieurs immeubles avec charge de rente viagère à son profit. A la mort de Flandin père, on ne trouva aucun immeuble dans sa succession : les seuls immeubles lui appartenant avaient été compris par lui dans l'acte de vente passé au profit de son fils aîné. Le tuteur d'un enfant mineur, issu d'un second mariage de Flandin, attaqua cette aliénation pour ce qui excédait la quotité disponible, et demanda que le rapport de la totalité eût lieu en nature, parce qu'il n'existait pas, dans la succession, d'autres immeubles que les immeubles en question.

(1) Bordeaux, 17 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 440).

(2) Orléans, 2 avril 1824 (Palais, 18, p. 584). Le tribun Jaubert (Fénet, t. XII, p. 591).

(3) 9 juillet 1825 (Devill., 8, 2, 111. Palais, 19, p. 686).

Flandin fils prétendit qu'il ne devait que fictivement le rapport de ce qui excédait la quotité disponible.

Mais la cour de Paris ordonna le rapport en nature, en se fondant sur ce que les art. 858 et 859 décident que le rapport se fait en nature et en moins prenant, et qu'il peut être exigé en nature à l'égard des immeubles, toutes les fois que l'immeuble donné n'a pas été aliéné, et qu'il n'y a pas dans la succession d'immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers. Il est vrai que l'art. 918 n'oblige l'héritier avantagé qu'à faire le rapport en nature de l'excédant de la quotité disponible; mais cela tient à ce que cet article suppose qu'il existe, dans l'hérédité, d'autres immeubles de la même nature que ceux aliénés; autrement cette disposition impliquerait contradiction.

Cet arrêt nous paraît avoir été critiqué, avec raison, par M. Coin-Delisle (1). « La circonstance, dit cet auteur, qu'il » n'y avait pas dans la succession d'autre immeuble que » l'immeuble aliéné, aurait dû céder devant les termes et » l'esprit de l'art. 918. L'excédant qui doit être rapporté ne » peut être que l'excédant de la valeur, dont l'imputation » est ordonnée. » En effet, M. Jaubert, dans son rapport (2) au Tribunat, avait interprété ces termes dans leur sens grammatical, en faisant remarquer que la loi avait distingué deux choses : la transmission de la propriété et sa valeur, et que « rien ne pouvait empêcher que cette propriété ne de- » meurât à celui qui l'avait acquise ».

L'arrêt précité de la cour d'Orléans, du 2 avril 1824 (3), nous semble avoir interprété plus sainement, sur ce point, l'art. 918.

(1) N° 13 sur l'art. 918.
(2) Séance du 9 floréal an XI. Fenet, t. XII, p. 594. Locré, t. XI, p. 454.
(3) *Supra*, n° 871.

873. Lorsque l'imputation est demandée par ceux qui en ont le droit, le successible, au profit duquel l'aliénation a été faite, est-il fondé à répéter les sommes qu'il a déboursées pour prix ou payement de rente viagère, et qui excéderaient le revenu dont il a joui ?

M. de Maleville (1) professe l'affirmative, et M. Duranton a reproduit cette erreur (2). Mais elle se réfute par ce raisonnement bien simple : l'aliénation est considérée comme entièrement gratuite par une présomption légale, contre laquelle nulle preuve n'est admise, suivant l'art. 1352 du Code Napoléon ; donc, tous les déboursés que le successible prétendrait avoir faits, doivent être considérés comme simulés par la même présomption.

Ce raisonnement prend, ensuite, une nouvelle énergie du silence de la loi sur les répétitions dont on parle ; silence qui n'a pas été gardé sans dessein, puisque la loi de l'an II avait, à cet égard, un article transitoire, de nature à éveillier l'attention des rédacteurs du Code, s'ils eussent partagé l'opinion de M. de Maleville. Mais, loin de l'admettre, ils ont laissé échapper, dans les travaux préliminaires, l'expression de leur dissentiment ; car M. Jaubert dit formellement, que l'on n'aurait aucun égard aux prestations de services (3).

Il est vrai que M. Portalis trouvait qu'on ne devait pas faire au fils l'injustice de ne pas lui rendre ce qu'il aurait réellement payé (4). Mais il ne se mettait pas au point de vue de la loi, qu'il critiquait, loin de l'approuver ; il ne voyait pas que, dans le système de la loi, il ne pouvait pas y avoir de choses réellement payées (5).

(1) Sur l'art. 918.
(2) T. VII, n° 337.
(3) Fenet, t. XII, p. 594.
(4) Fenet, t. XII, p. 332.
(5) MM. Grenier, t. IV, n° 643 ; Toullier, t. V, n° 133, et tous les au-

874. Comme on vient de le voir, ce n'est qu'entre successibles en ligne directe que la loi suppose que l'aliénation à titre onéreux est une libéralité déguisée. La même présomption n'existe pas relativement aux aliénations de ce genre faites aux héritiers d'un successible. Le Code Napoléon n'a pas voulu suivre, sur ce point, les rigueurs de la loi de l'an II, qui frappait de nullité (art. 26) les contrats aléatoires passés au profit des héritiers présomptifs ou de leurs descendants. Il suppose que la personne au profit de qui l'aliénation s'est faite, prend part à la succession, puisque, dans certains cas, il l'assujettit au rapport. Si donc une aliénation était faite par un aïeul à son petit-fils et qu'on alléguât la fraude, ce serait à celui qui l'aurait alléguée qu'il incomberait de la prouver *perspicuis indiciis*. Il est vrai qu'à raison de la proximité des personnes, la libéralité déguisée pourrait se présumer sans trop d'efforts; mais elle ne le serait pas de plein droit.

Vainement opposerait-on l'art. 911 et la présomption d'interposition qu'il crée; cet article n'est pas applicable en cette matière, puisqu'il ne s'agit pas d'incapacité: il faudrait prouver, par les circonstances, une interposition de fait.

875. Il faut en dire autant du mari de l'épouse successible, à qui son beau-père aurait passé vente avec réserve d'usufruit, ou à fonds perdu, ou à rente viagère.

teurs. Cassat., 26 janvier 1836 (Dalloz, 36, 1, 297). Voir encore un arrêt récent aux termes duquel lorsque dans une vente faite à un successible en ligne directe, le prix consiste tout à la fois en un capital à payer et une rente viagère à servir, la présomption légale de simulation ne peut atteindre la vente que pour la portion des biens aliénés dont le prix est représenté par la rente viagère; pour le surplus, l'acte conserve son caractère apparent. Dès lors, l'enfant gratifié doit être autorisé à prélever la quotité disponible non point sur la valeur totale des biens vendus, mais seulement sur la différence entre la valeur réelle de ce bien et le prix ferme stipulé dans l'acte de vente. Req. 13 février 1861 (J. Pal. 1861, p. 433).

Sans doute, on pourra croire, souvent sans forcer les faits, *ex paternæ pietatis conjectura*, que c'est là une libéralité qui n'a été faite au gendre qu'en considération de la fille. Cependant, cette conjecture n'est nullement irréfragable, et l'on irait trop loin, en s'abandonnant à des inductions de plein droit et à des présomptions *juris et de jure*, qui ne sont pas dans notre texte (1).

876. Mais que faut-il décider d'un contrat aléatoire, passé au profit d'une personne, qui n'étant pas successible au moment du contrat, l'est devenue plus tard par des événements ultérieurs?

Pierre a deux fils : Primus et Secundus. Primus a un fils, et Pierre lui fait une rente avec réserve d'usufruit. Primus décède avant son père, et c'est le petit-fils acquéreur qui vient à la succession à sa place. Son oncle, Secundus, pourra-t-il lui opposer l'article 918?

En principe, je ne le crois pas. Il résulte des termes de l'art. 918, *les biens aliénés à un successible*, que l'acquéreur doit avoir la qualité de successible au moment de l'aliénation. Pour juger un déguisement et une fraude, il faut se placer au moment où l'acte a eu lieu (2).

Mais on examinera si le contrat n'était pas, dans les circonstances de la cause, un avantage simulé fait à Primus par une personne interposée, et bien souvent on arrivera à y trouver les caractères d'un déguisement.

Article 919.

La quotité disponible pourra être donnée en tout

(1) Un arrêt de Poitiers du 26 mars 1825 (Dalloz, 25, 1, 175) va plus loin que nous; il présume l'interposition.

(2) Partant de là, ce que nous avons dit au n° 853 n'est pas applicable ici; et, en effet, la question est bien différente.

ou en partie, soit par acte entre-vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire ou légataire venant à la succession, pourvu que la disposition ait été faite expressément à titre de préciput ou hors part.

La déclaration que le don ou le legs est à titre de préciput ou hors part, pourra être faite soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre-vifs ou testamentaires.

SOMMAIRE.

877. Importance domestique et politique de l'art. 919.
878. Nombreuses diversités sur ce point dans le droit coutumier.
879. De la dispense de rapport en droit romain.
880. Discussion préparatoire de l'art. 919 au conseil d'État.
881. L'égalité se présumant de plein droit dans les successions, le rapport est la règle, et le préciput l'exception.
882. Toutefois les expressions de l'art 919 ne sont pas sacramentelles; elles peuvent être remplacées par des équivalents.
883. Un legs universel, fait par un père à l'un de ses enfants, a-t-il la même énergie qu'un legs fait avec dispense de rapport?
884. De la donation déguisée sous forme de contrat à titre onéreux. — Renvoi.
885. Le préciput peut résulter d'un acte postérieur à la donation.
886. Des circonstances postérieures peuvent même décider du préciput.
887. *Quid* si l'héritier donataire renonce à la succession? — Résumé.
888. *Quid* si le don, fait avec dispense de rapport, excède la quotité disponible?
889. Renvoi.
890. Arrêt, par lequel la cour de Caen décide que la réserve, faite par le donateur, de disposer du surplus de ses biens, n'a pu détruire la clause du préciput apposée à la donation.
891. Une pareille réserve, quand il n'y a pas de préciput, pourrait déterminer le juge à imputer la donation sur la légitime.

COMMENTAIRE.

877. L'article 919 a une importance domestique et politique qui le rend l'un des plus graves du titre que nous expliquons. Il donne au père de famille la faculté de disposer de la quotité disponible non pas seulement au profit d'étrangers, mais encore au profit de ses successibles, même de ceux à réserve ou de l'un d'eux. Il permet au père de créer entre ses enfants des inégalités, commandées quelquefois par l'intérêt de la famille, mais toujours renfermées cependant dans de justes bornes. Il consent à laisser briser l'égalité des partages, si sacrée en matière de succession *ab intestat* et il arme l'autorité paternelle d'une puissance de disposition, qui, soit pour récompenser, soit pour punir, soit pour réparer des inégalités naturelles, cumule, sur la tête d'un enfant avantagé, la double qualité d'héritier *ab intestat*, et de donataire ou de légataire.

878. Dans notre ancien droit coutumier, il y avait, sur ce point si considérable, de nombreuses diversités : « Si les » pères et mères peuvent faire avantage à l'un de leurs en- » fants plus qu'à l'autre, les coutumes sont fort diverses, » disait Coquille (1). La plupart disent qu'on ne peut avan- » tager les enfants venant à succession, c'est-à-dire qu'on » ne peut leur donner par préciput, mais doivent se tenir au » don sans être héritiers, ou étant héritiers rapporter le » don (2). Les autres coutumes, en plus petit nombre, permet- » tent les avantages (3). On dit que les coutumes, qui défen-

(1) Instit. au droit français, t. *Des donations*.

(2) Paris, art. 300, 303, 304, 307. Orléans, 273. Pothier *sur Orléans, Introd.*, t. XVII, n° 76. Auxerre, art. 244. Sens, art. 270. Melun, art. 294. Laon, art. 52, 88. Blois, art. 167. Senlis, art. 171. Troyes, art. 142. Vitry, art. 73. Touraine, art. 314.

(3) Bourbonnais, Rennes, art. 308. art. 233, 287, 288. Nivernais, t. XXVII, *Des donations*, art. 40. Péronne, art. 204. Noyon, art. 16. Poitou, art. 216.

» dent les avantages, sont pour éviter les mécontentements
» et les envies entre les enfants, dont bien souvent advien-
» nent les discordes. Mais aussi, c'est une grande servitude
» et misère aux pères et mères de n'avoir pas la liberté de
» leurs biens, et n'avoir moyen de récompenser les services
» et officiosités de leurs enfants, et tenir en subjection et
» crainte ceux qui ne leur sont pas obséquieux. Avoir la
» liberté de disposer de ses biens envers un étranger, et ne
» l'avoir pas envers ses enfants, qui doivent toute subjec-
» tion et obéissance! Se reconnaître être subject à l'endroit
» où l'on doit commander! Et tout bons et obéissants que
» soient les enfants, c'est grand ennui à un bon et honnête
» cœur de sentir sa servitude et privation de liberté. »

Ces paroles de Coquille sont remarquables : elles renferment une critique très-sage des coutumes d'égalité; elles expliquent aussi, avec beaucoup de clarté, ce que l'on entendait, autrefois, par l'incompatibilité des qualités de donataire, légataire et héritier (1). Cette incompatibilité avait un caractère absolu dans les coutumes, qui ne permettaient pas les dons à titre de préciput et hors part, et qui exigeaient ou le rapport ou la renonciation, comme le faisait la coutume de Paris; mais elle cédait à la volonté de l'homme, sous l'empire des coutumes qui dispensaient du rapport, alors que le disposant avait déclaré le vouloir ainsi (2).

879. Le droit romain, qui s'était développé sur le principe de la volonté suprême du père de famille, n'avait jamais u l'idée de lui enlever le droit d'avantager un ou plusieurs

(1) Voy. Lebrun, 3, 7, nos 5 et suiv. Ferrières *sur Paris*, art. 300 (no 1) qui portait : « Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt en-
» semble. »

(2) Coquille *sur Nivernais*, t. *Des donations* (*loc. cit.*) et *Des successions*, art. 20.

de ses enfants héritiers (1), et de rendre incompatibles, en la personne de celui qu'il voulait favoriser, les qualités d'héritier et de légataire. Le fils héritier n'était pas obligé d'abdiquer cette qualité, pour profiter des libéralités que son père lui faisait en sus de sa part. Il pouvait cumuler la part de l'héritier et l'avantage du légataire. Il y avait même cela de remarquable que tout avantage fait, soit par legs et fidéicommis, soit par donation à un héritier légal, était censé dispensé du rapport (2); et voici comme l'on raisonnait : Est-ce par un legs que la libéralité se produit? Il est évident, alors, que c'est un prélegs ou un legs avec dispense de rapport qu'a voulu faire le testateur. A quel autre titre aurait-il donné? Comment pourrait-on admettre la possibilité du rapport à la succession d'une chose, dont il n'y a pas eu dessaisissement de la part du disposant et qui n'est pas sortie de son patrimoine? N'est-ce pas, d'ailleurs, comme si le père avait fait le legs à un étranger? Pourquoi le fils rapporterait-il ce que le père lui a donné, comme il aurait pu donner à tout autre (3)?

Ou bien, est-ce par donation que la libéralité est faite? Mais pourquoi n'être pas aussi généreux dans l'interprétation, que le donateur l'a été dans l'acte? Pourquoi supposer en lui une intention qui diminue la libéralité? Ce qu'il y a de plus raisonnable, c'est de supposer que le donateur n'a pas entendu que la chose donnée serait rapportée. S'il l'avait voulu, il l'aurait dit : son silence doit s'interpréter, non

(1) Ferrières, *loc. cit.*

(2) Ulp., l. 17, § 2, D., *De legat.*, 1° Papin., l. 22, D. *De alim. legat.* Ferrières, *loc. cit.*

(3) Cujas sur le tit. du C. *De collat.* : « Ratio perspicua est, quia non ve-
» niunt ex testamento ut liberi, sed ut quilibet, ut extranei qualescumque.»
Junge Vinnius, *De collat.*, 3, 3, et 14, 45.

pas en faveur du rapport, mais contre le rapport, non pas en faveur de l'égalité, mais contre l'égalité, dont s'écarte la disposition (1).

Justinien opéra un changement complet dans ces idées, et ordonna l'inverse de cette règle : prenant pour point de départ l'égalité entre enfants, il s'attacha à ce point de vue, à savoir, que le père pouvait avoir oublié, dans les approches de la mort, ses précédentes dispositions; il déclara donc que l'avantage serait rapportable, à moins que le père n'en eût expressément dispensé (2). Ainsi, par l'ancien droit, le rapport était toujours défendu quand il n'était pas ordonné (3). Par le nouveau, il est toujours ordonné s'il n'est pas défendu (4). C'est le résumé de Cujas (5), répété par Lebrun (6).

880. Je passe sur la législation, déjà connue, de l'an II et sur la loi de l'an VIII (7); je glisserai même sur la discussion préparatoire de l'art. 919. Tout ce que j'en dirai, c'est qu'elle fait honneur au bon esprit du conseil d'État, qui sut mettre à profit l'expérience des temps passés et concilier l'autorité des pères avec l'amour pour les enfants (8).

(1) Paul, l. 25, § 7, *De familiæ ercisc.* L. 1, § 5, *De collat.*

(2) Novelle 18, ch. 6.

Voici les termes de cette novelle :

« *Nos sancimus, sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus, quoniam* » *incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut præ tumultu mortis angus-* » *tiatus, hujus non est memoratus, omnino esse collationes, et exinde æquali-* » *tatem, secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit* » *ipse se velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege* » *conferre, et quod jam datum est, ei ex jure testamenti.* »

(3) L. 1, C., *De collat.*

(4) Auth. *Ex testamento*, C., *De collationibus.*

(5) Sur le t. *De callat.* au Code, et sur la novelle 18, c. 6. Voy. aussi *Observat.*, III, 30.

(6) *Success.*, 3, 6, 1, nos 8 et suiv.

(7) *Supra*, nos 752, 753.

(8) M. Treilhard (Fenet, t. XII, p. 329).

M. Tronchet, seul, dans un esprit d'égalité, aurait voulu que le père ne pût pas faire pour un de ses fils ce qui lui était permis pour un étranger (1). Mais M. Tronchet, comme on l'a vu ci-dessus (2), n'était pas impartial sur un point de droit où les fausses idées du XVIIIe siècle avaient égaré son jugement. Son avis n'eut point d'écho. M. Cambacérès, d'un esprit plus souple et d'un coup d'œil plus pénétrant, eut la force d'oublier qu'il avait coopéré à la loi de l'an II, et à bien d'autres aussi mauvaises. Il défendit le droit des pères, et contribua au vote d'un article qui marquait d'un cachet réparateur le Code de nos lois civiles (3). Que dirions-nous de plus pour en faire voir l'esprit philosophique? Les paroles de Coquille en sont le meilleur commentaire. Ajoutons, cependant, que l'art. 919 sera d'autant meilleur, que les pères auront besoin d'en user plus rarement. Ceux qui seront bons et sages ne le feront servir qu'au bien de la famille, à la distribution de la justice domestique et non pas à satisfaire des préjugés d'inégalité contraires à la nature.

881. Dans la pensée comme dans le texte de l'art. 919, le rapport est le droit commun, et le préciput est l'exception. Cet article s'est conformé au dernier état du droit romain (4).

Pour que le père puisse cumuler sur la tête de l'un de ses enfants la réserve et la quotité disponible, il faut que, par une disposition expresse, il le dispense du rapport, en d'autres termes, qu'il lui donne avec la clause de *préciput* ou *hors part* (5). L'égalité se présume de droit dans les successions, et cette présomption ne disparaît que devant une manifesta-

(1) Fenet, t. XII, p. 328, 330.
(2) Nos 30, 752.
(3) Fenet, t. XII, p. 330, 331.
(4) *Supra*, n° 879.
(5) Voy. aussi art. 843.

tion de volonté contraire de la part du disposant. Or, l'existence d'un don ou d'un legs, faits par le testateur à l'héritier, ne peut former à elle seule une preuve suffisante qu'il ait cherché à rompre cette égalité. En effet, la donation entre-vifs, par laquelle le disposant aura investi, de son vivant, l'un de ses héritiers d'une partie de ses biens, peut être censée faite en avancement d'hoirie, dans l'unique but de procurer au donataire une jouissance anticipée. Il n'en résulte pas certainement que l'intention du donateur a été d'empêcher qu'au moment de l'ouverture de la succession, les autres héritiers ne vinssent à partage de la chose donnée. Rien ne justifie qu'il ait banni de sa pensée cette égalité, qui est dans le vœu de la nature et qui a toujours pour elle la présomption légale. Il en est de même d'un legs fait à un héritier. Car, en partant de cette même présomption d'égalité, on peut supposer que le legs a eu pour but moins la quantité que la qualité de la chose léguée, et que le testateur a voulu purement et simplement que l'un de ses héritiers eût la propriété indivise et exclusive de tel objet de sa succession, sauf à récompenser ses cohéritiers jusqu'à concurrence de la valeur du legs.

Mais, lorsque le don ou le legs sont faits avec préciput ou hors part, toutes ces présomptions disparaissent devant la volonté du disposant, dont l'intention bien manifeste a été de donner préférence à l'un de ses héritiers sur les autres.

882. Quoique l'art. 919 exige que la disposition soit faite expressément à titre de préciput ou hors part, il ne s'ensuit pas que ces expressions soient sacramentelles, et qu'elles ne puissent être remplacées par des équivalents. Notre article, pas plus que l'art. 843 dont il est le corollaire, ne s'attache en aucune manière à la solennité des paroles; il suffit que l'intention de dispenser du rapport soit claire et positive: *dummodo liqueat voluntas.* C'est ce qui a été jugé par une mul-

titude d'arrêts si concordants que la question ne se discute plus aujourd'hui dans les tribunaux. On recherche l'intention dans toutes les manifestations propres à la rendre éclatante et indubitable ; mais on repousse les subtilités formalistes, qui étouffent la vérité et font violence à la raison. Pendant tout le temps que j'ai présidé la première chambre de la Cour de Paris, où aboutissent tant de questions de ce genre, je n'ai jamais vu mettre en doute ce point de droit.

883. De là, la question de savoir si le legs universel, fait à l'un des enfants, a la même énergie qu'un legs fait avec dispense de rapport. Cette question fort simple a été jugée pour l'affirmative (1). Il est clair que le père qui donne à l'un de ses enfants la totalité de ses biens, sauf les réserves légitimaires, réduit ses autres enfants à leur simple réserve et fait à l'enfant légataire un avantage virtuellement, mais nécessairement exclusif de toute pensée de rapport (2).

884. Quant à la question de savoir si une donation, déguisée sous forme de contrat onéreux, est implicitement dispensée du rapport, nous n'ajouterons rien à ce que nous avons dit, à cet égard, aux nos 848 et suivants. Sans contredit, les donations déguisées sous forme d'une aliénation à fonds perdu, d'une aliénation à rente viagère, d'une aliénation avec réserve d'usufruit, entraîneront avec elles la dispense du rapport. L'art. 918 le décide d'une manière expresse. Mais les autres déguisements n'entraîneront pas nécessairement la même conséquence : le préciput ne doit être admis qu'autant qu'il résulte des circonstances.

885. D'après la seconde partie de notre article, le don qui n'a pas été fait, dans l'origine, avec dispense de rapport,

(1) Limoges, 26 juin 1822 (Devill., 7, 2, 90). *Junge* Cassat., 7 juillet 1835 (Devill., 35, 1, 914).

(2) M. Grenier, t. III, n° 485. Lescot, t. II, n° 415. M. Dalloz, t. XII, p. 413, n° 3.

peut être déclaré tel *ex post facto*, soit par la clause d'un testament, soit par une disposition entre-vifs dans la forme qui lui est propre (1). Ainsi, un père qui a fait à son fils un don en avancement d'hoirie, peut, en le mariant, et par son contrat de mariage, lui assurer ce don à titre de préciput.

886. Il résulte même d'une décision de la cour de cassation, que les circonstances postérieures peuvent être prises en sérieuse considération, pour décider la question du préciput (2).

Un sieur de Montlaur avait fait donation entre-vifs et irrévocable, au sieur Charles de Montlaur, son fils adoptif, de tous les biens immeubles qu'il possédait en propriété dans les communes de Saint-Jean-le-Comtal et de Lassereau, arrondissement d'Auch. Postérieurement, le donateur contracta mariage et il eut une fille de ce mariage; par son testament il institua cette fille son héritière universelle, déclarant lui donner et laisser ses droits de propriété, ses raisons et actions, *tels qu'il se trouverait les avoir à l'époque de sa mort*. Le 15 juillet 1836, peu de temps après avoir fait son testament, il écrivait à la mère de son fils adoptif, à l'occasion des propriétés données : « que de Montlaur fils » devait s'attendre que ce serait tout ce qu'il aurait main- » tenant du côté de son père ; qu'on n'avait nulle envie de » le lui disputer, malgré la survenance d'enfant ; que ce qui » était fait était fait, et que personne n'y reviendrait, à » moins qu'il ne voulût pas s'en contenter. »

A la mort du sieur Montlaur père, en 1838, le sieur Montlaur fils fut assigné à la requête de la mineure Montlaur, à l'effet de rapporter à la succession les immeubles qui lui avaient été donnés par contrat de mariage.

(1) M. Grenier, t. III, n° 492.
(2) 10 juin 1846 (Devill., 46, 1, 541). M. Lescot, t. II, n° 416.

Le sieur Montlaur fils soutint que la donation lui avait été faite par préciput et qu'il était, par conséquent, dispensé du rapport, sauf à payer l'excédant de la quotité disponible. Il se fondait sur ce que l'intention de son père adoptif avait été telle, et qu'elle résultait notamment et de la pensée d'irrévocabilité, qui avait présidé à l'adoption et à la donation, et de la disposition du testament ultérieur, par laquelle on voyait que de Montlaur avait voulu réduire sa fille aux biens existant à son décès, et ne lui donner aucun droit sur ce qui était sorti de ses mains, de son vivant, par l'effet de sa volonté; enfin de la lettre adressée à sa mère le 15 juillet 1836.

La cour de Paris, par arrêt du 23 juillet 1844, dispensa le sieur de Montlaur du rapport, en admettant que les circonstances par lui invoquées établissaient suffisamment le préciput; et la chambre des requêtes rejeta le pourvoi contre cet arrêt, par le motif que la cour de Paris n'avait fait, dans l'espèce, qu'apprécier la volonté de l'auteur commun, en recherchant le sens de la donation, du testament, des circonstances antérieures et concomitantes, et de la déclaration du disposant lui-même.

887. On voit, par cet ensemble d'aperçus, que la volonté du père de famille est le point culminant auquel il faut se rattacher, en ayant soin de ne considérer les formules que comme un moyen de la faire connaître, et non pas de la constituer essentiellement.

888. L'art. 919 ne parle pas du cas où le don, fait à l'un des successibles avec clause de préciput, exéderait la portion disponible. Il s'en réfère à cet égard, par son silence même, à la règle posée par l'art. 844. Le don serait alors réductible jusqu'à concurrence de cette quotité, et l'excédant devrait être rapporté à la masse par le successible donataire venant à partage.

889. Mais l'enfant qui aurait reçu un don excessif, pour-

rait-il, en renonçant, retenir le don par le cumul de sa réserve et de la quotité disponible?

Nous renvoyons sur cette question à ce que nous avons dit *supra* (1).

890. C'est surtout pour régler la position des enfants entre eux, qu'a été édicté l'art. 919. Mais il n'est pas inutile non plus quand l'intérêt des étranger vient se mêler à celui des enfants.

C'est ce que nous apercevons par l'exemple suivant :

Par acte du 4 décembre 1840, Angot fait à ses enfants une donation, par préciput et hors part, de plusieurs immeubles. Cette donation épuisait la quotité disponible. Mais, par une clause formelle, Angot se réservait la libre disposition de tout ce qui lui resterait.

Le 23 mai 1841, il décéda, laissant un testament, en date du 26 février précédent, par lequel il laissait à la demoiselle Bailleul tout son mobilier et tous les capitaux qu'il se trouverait avoir à son décès.

Les enfants prétendaient que, la donation du 4 décembre 1840 épuisant la quotité disponible, Angot n'avait pu faire de libéralités à leur préjudice. D'un autre côté, la demoiselle Bailleul répondait qu'Angot, en se réservant la libre disposition des biens non compris dans la donation, avait manifesté, par là, l'intention de laisser la portion disponible intacte, de telle sorte que la donation devait être imputée sur la réserve.

Par arrêt du 19 août 1842, la cour de Caen n'accepta pas cette interprétation. Il lui sembla que la clause par laquelle la donation était faite par préciput et hors part, indiquait nécessairement que cette donation devait être imputée sur la portion disponible, et que l'autre clause de réserve de dispo-

(1) N° 786.

nibilité ne devait pas être interprétée de manière à la détruire.

Sur le pourvoi, arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 27 novembre 1843, qui, en considérant que la cour s'est livrée à une appréciation souveraine, rejette le pourvoi (1).

891. Mais, si la donation ne contenait pas la clause de préciput, la réserve, faite par le donateur, de disposer du surplus des biens donnés, pourrait déterminer le juge à imputer cette donation sur la légitime, et cette interprétation échapperait à la cassation (2).

SECTION II.

DE LA RÉDUCTION DES DONS ET LEGS.

ARTICLE 920.

Les dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession.

SOMMAIRE.

892. De l'ancien droit sur la réduction des dons et legs. — Objet de cette réduction.
893. Différence entre la réduction et le rapport.
894. Toutes les donations sont sujettes à réduction. — Il n'en est pas de même des aliénations à titre onéreux, qui sont inattaquables;

(1) Devill., 44, 1, 227.
(2) Cassat., 7 juillet 1835 (Devill., 35, 1, 914).

895. A moins que ces aliénations ne dissimulent des donations.
896. Des dons rémunératoires et des dons faits avec charges, quand les services et les charges n'ont rien de réel.
897. *Quid* dans le cas contraire?
898. Le legs causé pour restitution subit la réduction, si le légataire ne justifie de la cause de la restitution.
899. Les donations pour cause de dot sont sujettes à réduction.
900. Il en est de même de la dot donnée à une fille à son entrée en religion,
901. Et des donations dont il est question dans les art. 1496 et 1527 du Code.
902. Mais, dans le cas où un don illimité a été fait par contrat de mariage, les enfants nés de ce mariage n'ont pas d'action en réduction.
903. L'action en réduction ne s'ouvre qu'au jour de l'ouverture de la succession.
904. Il ne faut pas tirer de ce principe une conséquence trop absolue pour les questions transitoires relatives aux changements de la quotité disponible.
905. La question sur le changement survenu dans la quotité disponible à l'époque du décès, peut être même une question d'intention.
906. Un fils ne peut exiger, du vivant de son père, ni légitime, ni avancement d'hoirie.
907. A qui incombe la preuve dans l'action en réduction?

COMMENTAIRE.

892. Nous avons expliqué, dans la section précédente, les caractères de la quotité disponible et de la réserve qui en dérive. Mais le législateur n'a pas borné là sa prévoyance; il a compris que beaucoup de causes diverses pourraient porter ceux qui disposent gratuitement à outre-passer les limites de la faculté de donner, et à priver ainsi les réservataires d'une portion de biens qu'une loi innée, plus encore qu'une

loi de convention (*non scripta, sed nata lex*) leur assigne. Il a donc cherché à apporter un correctif à ces libéralités excessives et inofficieuses.

Dans l'ancien droit romain, comme nous l'avons fait observer ci-dessus (1), les légitimaires, dont la légitime n'était pas intacte, pouvaient intenter la querelle ou plainte d'inofficiosité, et faire ainsi casser le testament. Ce moyen violent, qui annulait toutes les dernières dispositions du défunt, même les legs (2), fut adouci par Justinien, qui abolit, dans presque tous les cas, la querelle d'inofficiosité et la remplaça par une action en supplément, appelée *condictio supplementi*, qui laissait subsister le testament (3).

Lorsque c'était par des donations inofficieuses que la légitime était entamée, ces donations n'étaient pas révoquées pour le tout, mais jusqu'à concurrence de la portion afférente aux légitimaires (4); ce qui avait été établi par l'empereur

(1) *Supra*, nos 739, 740.

(2) L. 8, § 16, D., *De inoff. test.* Pothier, *Pand.*, t. I, p. 194, n° 23.

(3) L. 30, C. *De inoff. test.* Pothier, *loc. cit.*, p. 192, n° 22.

(4) L. 87, D. *De legat.*, 2°, et au Code, *De inoff. donat.* Pothier, *Pand.*, t. I, p. 198, n° 54.

Cependant le président Favre avait soutenu, dans son ouvrage *De conject.*, lib. 3, c. 17, que la donation devait être annulée pour le tout; car, disait-il, la querelle d'inofficiosité pour les donations a été introduite à l'instar de la querelle d'inofficiosité pour les testaments. Or, dans ce dernier cas, la querelle annule le testament pour le tout; donc il doit en être de même pour la donation. Mais il est réfuté avec force par Vinnius. *Quæst. select.*, lib. 2, cap. 33.

Dans la pratique, quelques-uns distinguaient lorsque la donation excessive était faite à un étranger : si elle était faite avec fraude, on l'annulait pour le tout; si elle était faite sans fraude, on la réduisait *ad legitimam quotam*. Lorsqu'elle était faite à des enfants, elle n'était que reductible dans tous les cas (Gomez, *Variar. resol.*, t. 2, c. 4, n° 13. Cavarruvias, *Quæst., prat.*, 19, n° 12). Mais cela n'avait aucun fondement dans le droit. Vinnius prouve que la fraude ne fait rien, que c'est seulement l'événement, l'excès qu'il faut considérer.

Alexandre, que Paul, en rapportant cette constitution, appelle *très-saint*.

Ces principes étaient admis en France, dans les pays de droit écrit (1) et dans les pays coutumiers (2) : l'action en supplément de légitime ou en retranchement de libéralités excessives était partout accordée aux héritiers à légitime, tant pour les donations entre-vifs que pour les donations testamentaires (3).

Le droit du Code Napoléon est fondée sur les mêmes bases ; car c'eût été peu que de créer une portion indisponible, si ceux au profit de qui elle est réservée, n'eussent pas reçu de la loi la faculté de faire restreindre les libéralités qui empiéteraient sur elle. Tel est l'objet de l'action en réduction ou retranchement, qui s'aplique tant aux legs qu'aux donations exorbitantes et dont s'occupe la section 2 de ce chapitre, action sagement mesurée qui respecte, ainsi qu'elle le doit, le droit de disposer, mais qui réprime les affections irréfléchies, que Cicéron appelle si bien *impetum benevolentiæ* (4), et qui ne gardent pas la mesure de justice qui est due aux enfants.

893. L'action en réduction ne doit pas être confondue avec le rapport, dont il est question aux articles 842 et suivants du Code Napoléon.

La réduction n'a lieu que contre des personnes que l'on ne considère pas comme héritières, mais qui viennent avec la qualité de donataires ou de légataires. Il est vrai que comme on peut être en même temps héritier et légataire ou donataire, lorsqu'il y a la clause de préciput, il peut arriver

(1) Ord. de 1731, art. 34. Ord. de 1735, art. 50, 56.

(2) Pothier *sur Orléans*, introd., au tit. 15. nos 71, 72. Lebrun, *Success.*, 2. 3, 7, nos 1 et suiv.

(3) Pothier, *loc. cit.*

(4) *De amicitia*, no 17.

que l'action en réduction se trouve intentée contre un légataire ou un donataire, qui est en même temps héritier; mais ce n'est pas comme héritier qu'on l'actionne, c'est purement et simplement comme légataire ou donataire, abstraction faite de sa qualité d'héritier.

Le rapport, au contraire, n'a lieu qu'entre ceux qui viennent à titre d'héritiers à une même succession.

La réduction a été introduite pour que la quotité disponible n'empiétât jamais sur la quotité indisponible, et que les réservataires conservassent toujours leur réserve intacte.

Le rapport a un autre but : il prend sa source dans l'égalité qui doit régner entre cohéritiers, égalité qui ne permet pas, à moins d'une disposition contraire du défunt, que l'un soit avantagé aux dépens des autres. « Ce rapport et collation (di-« sait Coquille) est pour les faire tous égaux (1). » Nous aurons plus bas l'occasion de tirer quelques conséquences importantes de ces principes.

894. Toutes les donations quelconques sont sujettes à la réduction, qu'elles soient simples ou avec condition, particulières ou universelles (2), solennelles ou manuelles, directes ou indirectes (3). Peu importent l'étendue, les conditions, les formes, les circonstances; il suffit qu'elles portent le caractère de libéralité, pour que le retranchement les atteigne.

Mais les aliénations faites à titre onéreux par le défunt sont, sous tous les rapports, inattaquables par ses héritiers. Le père de famille était propriétaire : il avait la libre disposition de sa chose; il a pu faire avec les tiers tous les actes de commerce qu'autorise le droit civil. S'il en était autrement, le mouvement de la propriété serait frappé au cœur,

(1) Instit. au droit français, tit. *Des donations.*
(2) Art. 1090. l. *Si totas*, C., *De inoff. donat.*
(3) Art. 1496 et 1527.

et l'économie sociale périrait dans une déplorable immobilité. D'un autre côté, on ne pourrait plus se fier aux transactions les plus solennelles, et la propriété serait tenue dans un état de suspension et d'inquiétude non moins fatal que l'inertie (1).

895. Que si l'acte intitulé à titre onéreux cachait une donation déguisée, il ne pourrait échapper à la réduction en cas d'excès (2). C'est là un point si constant et si souvent jugé qu'il n'est pas nécessaire d'insister plus longtemps.

896. Les donations faites en apparence pour récompenser des services, aussi bien que celles qui sont faites sous couleur de charges, sont également soumises au retranchement, si les services ou les charges n'ont rien de réel (3).

897. Mais si les services et les charges ne peuvent être contestés, le sort des donations dépend, en pareil cas, d'une distinction sagement faite par Pothier. Ou ces services et ces charges ne sont pas appréciables, et la donation est sujette au retranchement; ou ils sont appréciables, et la réduction ne peut l'atteindre qu'en ce qui excéderait la valeur des services ou des charges (4).

898. Quelquefois, l'on prend le détour d'un legs causé pour restitution afin de tromper la vigilance de la loi (5).

(1) M. Bigot (Fenet, XII, p. 342).

(2) Pothier *sur Orléans*. introd. au tit. 15, n° 74. — En effet, les donations déguisées entre personnes capables, sont valables jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Cass. 30 juin 1857 (*J. Pal.* 1859, p. 289). Et il en est ainsi alors même que par suite d'un concert entre le donateur et le donataire, la donation tendrait à porter atteinte à la réserve des héritiers, dont le droit, en pareil cas, se borne à demander la réduction et non la nullité de la donation déguisée. Cass. 9 juillet 1817 et 13 décembre 1859 (*J. Pal.* 1860, p. 220; Devill., 60, 1, 621; Dalloz, 59, 1, 503). V. cependant Bruxelles, 18 juin 1807; Bastia 26 décembre 1855 (*J. Pal.* 1856, t. 1, p. 442).

(3) Lebrun, 2, 3, 7, n° 21.

(4) Pothier *sur Orléans*, introd. au tit. 15, n° 72.

(5) Ces sortes de legs sont appelés, en droit, *Pro restitutione male ablato-*

Mais il ne faut pas se laisser prendre à ce faux semblant de charité chrétienne et de scrupule de conscience; le légataire n'échappera à la réduction qu'en justifiant de la cause pour laquelle le testateur était tenu envers lui (1).

Que s'il paraît *de male ablatis*, il n'y a pas de difficulté, dit Lebrun, que la restitution du bien d'autrui est préférable à la légitime (2).

899. On n'excepte même pas les donations pour cause de dot. Le mari ne pourrait pas objecter que la dot forme pour lui un titre onéreux qui l'exempte du retranchement. Il ne l'a reçue qu'à cause de sa femme, et, par conséquent, sous les conditions auxquelles sa femme est soumise (3).

900. La dot, donnée à une fille pour son entrée en religion dans une communauté autorisée, ne forme pas exception à la règle du retranchement. Vainement dirait-on que le couvent n'a reçu la dot que pour subvenir aux aliments de cette fille. Il ne saurait exiger plus que les facultés du père ne lui permettaient de faire (4). Il ne saurait vouloir que, de leur côté, les autres enfants restent sans aliments; il ne saurait vouloir, surtout, que le père manque à la loi naturelle et divine d'assurer, par sa succession, le sort de tous ses enfants (5).

901. Les art. 1496 et 1527 du Code Napoléon offrent encore un exemple de donations sujettes à réduction (6), et cela encore bien que ces donations ne soient qu'indirectes,

rum et exoneratione conscientiæ. Brodeau *sur Louet*, lettre *L*, somm. 6, n° 28.

(1) Lebrun, 2, 3, 7, n° 21. Brodeau *sur Louet*, lettre *L*, somm. 6, n° 28.

(2) 2, 3, 7, n° 22.

(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 75. Ord. de 1731, art. 35.

(4) Pothier, *loc. cit*. *Contra* Lebrun, ibid., n° 18. Furgole, sur l'art. 35 de l'ordonn., t. V, p. 290.

(5) L. 7, D., *De bonis damnat*.

(6) Mon comm. du *Contrat de mariage*, t. III, nos 1841 et 2217 et suiv.

et qu'elles se lient à des conventions matrimoniales émanées de personnes ayant des enfants d'un autre lit.

902. Mais, quand des personnes qui n'ont pas d'enfants, se marient, et que l'une fait à l'autre par contrat de mariage un don illimité, les enfants nés ensuite de ce mariage n'ont aucune action, ni l'action en réduction, ni même l'action en révocation pour survenance d'enfants (1). Autrefois deux coutumes, celle de Saint-Quentin (2) et celle de la Marche (3) voulaient que les futurs, en se mariant, réservassent la légitime aux enfants à naître du mariage, et Lebrun enseignait une opinion conforme à ces coutumes, du moins en ce qui concerne l'action en réduction (4). Mais je n'y vois pas de raison plausible; le Code Napoléon n'admet le retranchement qu'au profit des enfants d'un autre lit; quant à l'action en révocation, il la déclare non recevable par l'art. 960.

903. Voyons, maintenant, à quelle époque s'ouvre l'action en réduction.

D'après le texte de l'art. 920, il n'y a d'action que lors de l'ouverture de la succession. L'action en réduction est une action qui découle de la qualité d'héritier; or, *viventis nulla est hæreditas*. Ce n'est donc qu'à cette époque, que les enfants peuvent exiger les réductions nécessaires pour maintenir leurs réserves intactes (5).

Il suit de là que l'étendue et les forces de la réserve sont réglées par la loi en vigueur, au moment du décès du disposant, et non pas par la loi existante au moment où les donations ou les legs ont été faits. La raison est que le droit

(1) Art. 960.
(2) Art. 14.
(3) Art. 288.
(4) Lebrun, 2, 3, 7, nos 6 et 8.
(5) Cassat., 20 novembre 1815 (Devill., 5, 1, 114).

des réservataires n'existait pas encore lors de ces libéralités, et que ce droit n'a surgi qu'à l'instant où la mort du donateur les a faits héritiers.

904. Ceci ne veut pas dire que les donations entre-vifs, faites de bonne foi avant la loi nouvelle qui changerait la quotité antérieurement disponible, puissent être attaquées et retranchées au préjudice de la loi ancienne qui, au moment de la disposition, réglait la quotité disponible. Le sort de ces donations était fixé irrévocablement avant la loi nouvelle. Celle-ci ne pourrait, sans effet rétroactif, troubler des droits acquis à l'ombre d'une loi qui a servi de base à des transactions légitimes. Une fin de non-recevoir s'élèverait donc contre l'action en retranchement (1).

905. Il peut même arriver que le changement survenu dans la quotité disponible, à l'époque du décès, n'ait aucune influence sur le testament fait antérieurement dans d'autres conditions. C'est alors une question d'intention, et la volonté de l'homme peut l'emporter sur la volonté de la loi.

Supposons que, sous la loi de l'an VIII, un testateur ait dit : « Je donne tout ce dont il m'est permis de disposer », et qu'il soit décédé sous le Code Napoléon. En pareil cas, l'étendue de la réserve peut n'être pas celle que fixe le Code Napoléon, mais bien, suivant l'intention du testateur, celle qui existait au moment du testament (2). Cependant il n'y aurait rien d'illogique à supposer qu'en parlant ainsi, le testateur s'est référé au moment de sa mort et que sa volonté a suivi celle de la loi (3).

906. Une autre conséquence du principe que la réduction n'a lieu qu'au jour de l'ouverture de la succession, c'est

(1) Cassat., 12 juillet 1842 (Dalloz, 42, 1, 312; Devill., 42, 1, 679). Voy. Dalloz, t. V, p. 320. Merlin, Répert., vo *Effet rétroactif*, 3, 3, 6, 5.

(2) Riom, 2 janvier 1819 (Devill., 6, 2, 2).

(3) Cassat., 23 mai 1822 (Devill., 7, 1, 77).

qu'un fils ne peut exiger, du vivant de son père, ni légitime ni avancement d'hoirie.

907. Quand un enfant intente l'action en réduction, c'est à lui de prouver qu'il y a excès (1).

ARTICLE 921.

La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.

SOMMAIRE.

908. Il faut remarquer que l'art. 921 ne s'applique qu'aux dispositions entre-vifs.

909. Dans le cas de dispositions à cause de mort, la réserve ne se calcule et les legs ne se prennent sur la succession que *deducto œre alieno.*

910. Si le légitimaire, pour compléter sa légitime, obtient la réduction de la chose donnée entre-vifs, cette portion de la chose qui passe entre ses mains n'est-elle pas alors sujette aux dettes? — Divers systèmes sur ce point dans l'ancien droit.

911. Discussion sur cette difficulté devant le conseil d'État.

912. Le créancier du *de cujus* ne peut ni demander la réduction ni en profiter.

913. Pour se garantir du recours que pourraient exercer contre lui les créanciers du défunt, le réservataire devra-t-il nécessairement accepter la succession sous bénéfice d'inventaire

914. Et s'il n'y a rien à la mort du défunt que l'action en réduction au profit du réservataire, celui-ci ne pourrait-il pas se dispenser d'accepter sous bénéfice d'inventaire?

(1) Orléans, 5 décembre 1842 (Devill., 46, 2, 1).

915. Et d'abord, pour intenter l'action en réduction, faut-il être nécessairement héritier? — Raisons en faveur de l'*affirmative*.

916. Raisons en faveur de la *négative* puisées dans la discussion du Code Napoléon.

917. Suite.

918. Suite.

919. Suite.

920. En résumé, la loi a entendu accorder l'action en réduction à l'enfant et non à l'héritier.

921. Les enfants ne représentent plus leur père, lorsque, contre sa volonté, ils recherchent et reconstituent la réserve.

922. Différence entre la succession *ab intestat* et la réserve.

923. La situation des enfants n'est donc pas la même selon que leur père leur a transmis, ou non, leur légitime intacte.

924. Cette double situation est conforme à la nature des choses, et l'on en trouve la trace dans les auteurs coutumiers.

925. Réfutation d'une objection basée sur une prétendue assimilation du rapport à la réduction. — L'action en réduction est opposée aux intentions du défunt.

926. L'enfant, exerçant l'action en réduction *jure proprio*, peut se dispenser d'accepter sous bénéfice d'inventaire; il lui suffira de s'abstenir.

927. Conséquence.

928. *Quid* si un enfant, ayant composé sa réserve avec les réductions opérées sur les donations, des biens inconnus dépendants de la succession, viennent à être postérieurement découverts?

929. Les légataires et donataires ne peuvent demander la réduction de la donation, ni en profiter. — Application de ces principes dans une espèce jugée par la cour de cassation.

930. De l'action en réduction exercée par les ayants cause de légitimaire.

931. Du droit de l'enfant naturel reconnu d'exercer l'action en réduction.

932. Ce droit s'étend-il aux donations faites par le père ou la mère avant la reconnaissance?

933. Des effets de la légitimation et de l'adoption quant à la réduction des donations.

934. Fins de non-recevoir opposables à l'enfant exerçant l'action en réduction. — Ainsi, quand l'action est prématurée.

935. L'enfant pourrait, cependant, intervenir pour la conservation de ses droits ultérieurs.

936. L'enfant qui renonce à la succession doit-il être considéré comme ayant renoncé à la légitime ?

937. Ce sera souvent une question de fait et d'intention que celle de savoir si l'enfant, en exécutant les donations, a renoncé ou non à l'action en réduction.

938. La réception d'un legs exclut-elle le réservataire du droit de poursuivre la réduction ?

939. Le réservataire peut-il, à l'égard du légataire universel, cumuler les qualités de réservataire et de légataire ? — Renvoi.

940. L'héritier qui s'est mis en possession des biens du défunt sans en faire inventaire, peut-il former ensuite l'action en réduction pour obtenir sa réserve ?

941. De la prescription de l'action en réduction.

942. Point de départ de cette prescription.

COMMENTAIRE.

908. L'art. 921 s'occupe des personnes au profit desquelles l'action en retranchement est introduite. Il ne l'accorde qu'aux réservataires, à leur héritiers ou ayants cause. Il la refuse aux donataires, légataires et créanciers du défunt.

Ici, il faut bien faire attention que l'art. 921 ne parle que pour les dispositions entre-vifs et qu'il ne s'applique, par conséquent, pas aux dispositions à cause de mort. L'article 921 ne veut pas, en effet, que les créanciers du défunt puissent demander la réduction ni en profiter ; mais, au contraire, ces créanciers peuvent demander la réduction des legs et dispositions à cause de mort.

Développons cette différence.

909. Lorsque le testateur n'a fait que des legs, et qu'il meurt en laissant sa succession grevée de dettes, tous ses biens demeurent affectés au payement de ses obligations. La réserve n'en est pas plus exempte que les biens légués, et les biens légués, pas plus exempts que la réserve. Car,

d'une part, s'il est vrai de dire que la réserve doit être libre et exempte de toute charge, on ne peut, cependant, s'empêcher de convenir que la réserve ne se calcule que *deducto œre alieno ;* de l'autre, les légataires ne peuvent rien prétendre qu'après les dettes du défunt entièrement acquittées (922, 1012, 1024). Donc les créanciers du défunt ont le droit de demander une réduction proportionnelle sur les legs, pour se remplir de leurs créances. Qui s'oblige, oblige le sien, et quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir (1).

Mais, lorsque le disposant a diminué ses biens par des donations entre-vifs, il ne peut en être de même. En effet, la donation a séparé la chose donnée du patrimonie du disposant ; dès lors toutes les dettes qu'il a contratées après cette donation, ou bien sans date certaine, ne peuvent être l'objet d'aucun recours contre les biens qui la composent ; car, *qui s'oblige n'oblige que le sien.* Or, ces biens n'étaient plus au donateur lors de ses obligations. Ils ne sont donc pas chargés de ses dettes postérieures ou d'une origine incertaine, et les créanciers n'ont pas d'action contre le donataire saisi de bonne foi (2).

910. Mais ici se présente une difficulté sérieuse.

Il est bien vrai que le créancier dont le titre n'a pas de date certaine, ou dont le titre est postérieur à la donation, ne peut avoir de recours direct contre le donataire. Mais supposons qu'il ne reste pas dans la succession, à cause des dettes, de quoi parfaire la réserve attribuée à l'enfant ou à l'ascendant, et que le légitimaire soit obligé de compléter

(1) Art. 2092, C. Nap.

(2) Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, no 20. M. Treilhard (Fenet, t. XII, p. 336). Cambacérès (*ibid.*, p. 337). Bigot (*ibid.*, p. 337, 338). Portalis (*loc. cit.*, p. 340).

sa légitime, en obtenant la réduction de la chose donnée. Alors cette portion de la chose donnée, qui était franche et libre dans les mains du donataire, ne deviendra-t-elle pas sujette aux dettes, en passant dans les mains du légitimaire? Car celui-ci étant héritier et ne pouvant prendre sa réserve qu'à titre héréditaire, n'est-il pas dès lors obligé à payer les dettes du défunt?

Cette difficulté avait fixé l'attention de nos anciens jurisconsultes (1).

Ricard, notamment, avait fait sentir les inconvénients résultant de la rigueur de ces principes. « Un inconvénient » si notable (2) mérite bien que l'on cherche un remède à ce » mal, pour tirer de pauvres enfants de deux extrémités qui » les empêchent de recouvrer cette dernière table du nau- » frage; ne pouvant, d'un côté, demander leur légitime » sans prendre la qualité d'héritiers, et ne pouvant, d'un » autre, se dire héritiers qu'ils ne se rendent sujets aux det- » tes; en quoi il se découvre une injustice que tous ceux qui » aiment l'équité voudraient bien surmonter, puisque les » créanciers qui veulent charger les enfants de leurs dettes, » s'ils se disent héritiers, les empêchent, par cette rigueur, » de jouir d'un bien dont la privation, dans la personne des » enfants, n'apporte aucun profit aux créanciers, et ainsi » ils font un grand dommage dont ils ne ressentent aucun » bien; de sorte qu'il n'y a qu'un tiers, savoir : le dona- » taire, qui, regardant cette contestation sans y être engagé, » en retient seul l'utilité au préjudice des enfants. »

Argou tenait à peu près le même langage : « Il y a néan- » moins un cas, où les arrêts les ont dispensés (les enfants) de

(1) Dumoulin, *Conseil* 35, nos 15 et suiv. Auroux *sur Bourbonnais*, art. 219. Barmains et Chabrol *sur Auvergne*, t. XII, art. 32.

(2) *Donat.*, no 981.

» prendre cette qualité, par une *grande raison d'équité*, c'est » lorsqu'un père ou une mère, après avoir fait des donations » considérables au profit d'un de leurs enfants ou d'un étran- » ger, viennent à contracter des dettes qui montent à beau- » coup plus que les biens qu'ils laissent dans leur succession ; » il est certain que les enfants, qui n'ont rien reçu, peuvent » faire révoquer la donation jusqu'à concurrence de leur » légitime. Il est certain aussi que s'ils prenaient cette légi- » time en qualité d'héritiers, les créanciers viendraient la » leur enlever ; ce qui ne serait pas juste, puisque les créan- » ciers ne pourraient rien demander aux donataires, et que » ce n'est qu'en faveur des enfants que la donation est re- » tranchée; c'est pourquoi on permet, en ce cas, aux enfants » de renoncer à la succession, et, néanmoins, de prendre » leur légitime sur les biens donnés (1) ».

Dans cette situation, tous les auteurs convenaient de la nécessité de venir au secours des enfants ; mais ils variaient sur les moyens (2).

Suivant Argou, l'enfant pouvait renoncer à la succession et, néanmoins, réclamer le retranchement de la donation.

Suivant Coquille, l'enfant devait se porter héritier en sa légitime seulement (3).

Suivant Dumoulin, il n'avait pas besoin de prendre qualité ; il suffisait qu'il s'abstînt de la succession, sans la répudier ni l'accepter (4).

Enfin, d'après Ricard (5) et Lebrun (6), il devait se rendre héritier sous bénéfice d'inventaire, agir en cette qualité pour

(1) P. 327.
(2) M. Grenier a exposé ce point assez justement, t. IV, n° 592.
(3) *Sur Nivernais*, t. XXVII, art. 7.
(4) *Conseil* 33, n°s 5 et suiv.
(5) *Loc. cit.*
(6) 2, 3, 1, n° 10.

obtenir la réduction ; puis, l'ayant obtenue, renoncer à la succession bénéficiaire et conserver néanmoins les biens à lui adjugés pour sa légitme ; ce que Lebrun limitait au cas où il n'y avait pas de biens existants, et où les donations étaient le seul bien pour remplir la légitime.

911. Lors de la rédaction du Code Napoléon, la difficulté fut agitée au conseil d'État, et donna lieu à une discussion des plus remarquables (1). Un projet d'article proposait de sanctionner l'opinion de Ricard et d'Argou ; il fut défendu par MM. Bigot, Treilhard, Cambacérès, Maleville, Portalis ; mais il fut vivement attaqué, au nom de la bonne foi, et du principe que la légitime est une portion de l'héridité, par MM. Réal, Boulay, Emmery, Muraire, Galli, Berlier, Regnaud de St-Jean-d'Angely, et surtout par le premier consul, qui fit remarquer « que la loi autoriserait la fraude, en décidant que, » lorsqu'il y a des dettes, les enfants conserveront leur por- » tion de la succession, sans néanmoins payer les créanciers ».

A la suite de cette discussion intéressante, le projet de la section fut repoussé. Il fut décidé par le conseil « que les » créanciers pourraient exercer leur action sur les biens » que la réduction rend au légitimaire (2) ».

De là un projet d'article qui fut communiqué au Tribunat dans la forme suivante (3) :

« La réduction pourra être demandée par ceux au profit » desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants » cause : elle ne pourra l'être par les donataires ou légataires, » ni par les créanciers du défunt, sauf à ces créanciers à » exercer leurs droits sur les biens recouvrés par l'effet de » cette réduction. »

(1) Fenet, t. XII, p. 335 à 349.
(2) Id., p. 349.
(3) Art., 31 (Fenet, t. XII, p. 421).

Mais le Tribunat combattit cette disposition, par les raisons dont les auteurs avaient été les organes dans l'ancien droit : il fit remarquer que l'action en réduction est un droit purement personnel (1) ; qu'elle n'existe pas pour les créanciers, mais uniquement pour l'enfant ; que s'il en était autrement, elle serait illusoire, et que les réservataires n'auraient exercé la réduction, introduite en leur faveur, que dans l'intérêt des créanciers ; que, d'un autre côté, le réservataire, voyant qu'il n'exercait la réduction qu'au profit du créancier qui viendrait la lui ravir, ne manquerait pas de s'abstenir d'exercer cette réduction. Alors le légitimaire resterait sans réserve, et le créancier sans moyens de se faire payer. L'un et l'autre perdraient, sans avantage pour qui que ce soit, si ce n'est pour le donataire, qui aurait conservé sa donation entière (2). Lorsque M. Bigot rendit compte au conseil d'État de cette opinion du Tribunat, M. Tronchet, qui était absent aux discussions précédentes, déclara que, suivant lui, l'opinion du Tribunat était conforme aux principes (3), et il la soutint par des considérations nouvelles, mais secondaires, et que j'omets par conséquent.

La proposition du Tribunat fut enfin adoptée par le conseil (4), et l'article 921 sortit de cette triple épreuve tel que nous le voyons aujourd'hui.

912. Ainsi, non-seulement le créancier du défunt ne peut demander la réduction, mais, ce qui est plus grave, il ne peut pas même en profiter : il en est exclu directement et indirectement. En réalité, le créancier ne peut raisonnablement se plaindre de cet état de choses. On ne lui apporte aucun préjudice, puisqu'en s'attachant aux principes, il se trouverait

(1) Fenet, t. XII, p. 448 et 471.
(2) Tout cela avait été dit au conseil d'Etat.
(3) Fenet., t XII, p. 471.
(4) *Id.*, p. 472.

dépourvu d'action contre qui que ce soit. En effet, comme il ne pourrait forcer le légitimaire à exercer son action, il s'ensuit que ce dernier s'abstiendrait d'exercer une action dont il ne retirerait pas le profit. De là un double échec : l'un pour le créancier auquel le légitimaire opposerait son inertie ; l'autre pour le légitimaire trouvant devant lui le créancier

« Qui ne fait rien et nuit à qui veut faire ».

Du moins, d'après l'article 921, si le créancier ne retire aucun profit, il ne nuit pas à celui que la nature et la loi environnent de tant de priviléges.

913. On pressent, cependant, une serieuse objection : admettons, dira-t-on, que les biens, rentrés entre les mains de l'enfant par suite de la réduction, ne soient pas affectés aux dettes, qu'ils soient considérés comme étant des biens propres au réservataire ; toujours est-il certain que s'il se porte héritier pur et simple, il se fera une confusion de son patrimoine et de celui du défunt, et qu'alors le créancier de ce dernier, devenu créancier personnel de l'enfant, pourra agir sur les biens composant la réserve et rentrés dans ses mains. Frappés de cette objection, les auteurs ont pensé que pour échapper à une confusion qui renverserait les prévisions de la loi, il fallait que le légitimaire n'acceptât la succession que sous bénéfice d'inventaire. Alors, il y aurait séparation de patrimoine, et les biens provenant de la réduction, s'incorporant, par le bénéfice spécial de l'article 921, dans le patrimoine du réservataire, au lieu d'entrer dans la succession, n'offriraient aucune prise au créancier (1). Cette question n'est facile à résoudre, dans le sens que nous venons d'exposer, qu'autant que les enfants trouveraient dans la

(1) MM. Grenier, t. IV, n° 592; Toullier, t. V, n° 124; Duranton, t. VIII n° 324.

succession une partie de leur légitime. Il est clair que s'ils avaient appréhendé cette portion sans prendre leurs précautions sur les conséquences d'une acceptation pure et simple, les biens rentrés dans leurs mains par la réduction se confondraient dans leur patrimoine ; que, devenus débiteurs personnels par une acceptation imprudente, ils seraient tenus sur tout leur avoir sans distinction ; qu'ainsi, pour les sauver de cette faute, pour leur conserver le bénéfice de l'article 921, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est ici indispensable (1).

914. Mais en est-il de même quand il n'y a rien dans la succession, quand les enfants n'ont pas fait d'acte antérieur d'héritier, quand leur seul acte, comme leur seul profit, est l'action en réduction ? Faut-il, en ce cas, qu'ils n'acceptent que sous bénéfice d'inventaire, pour se préserver du recours des créanciers ?

A mon sens, cette question ne doit pas être resolue du tout comme la précédente, et les auteurs ont gravement erré, en généralisant leur proposition.

Pour le prouver, il y a une question préalable à éclaircir. Pour intenter l'action en réduction, faut-il être nécessairement héritier ?

915. Sur cette question, l'affirmative est presque partout enseignée, et j'ai moi-même suivi cette impulsion (2). La réserve, a-t-on coutume de dire, est ce qui constitue la succession. Or, la demande en réduction, ayant pour but d'arriver à former la réserve, est une vraie pétition d'hérédité : elle n'appartient donc qu'aux héritiers. C'est ce qu'enseignaient autrefois les auteurs les plus graves : Ricard, Le-

(1) Lebrun, 2, 3, 1, nos 10 et 29.

(2) Mon *Contrat de mariage*, t. III, no 2223, contient une proposition trop absolue.

brun, Argou, Pothier (1) : l'esprit du Code y est conforme. En effet, les art. 1004 et 1011 du Code Napoléon veulent que, dans tous les cas, même dans le cas d'un legs universel, les héritiers à réserve soient saisis de plein droit, et que le légataire universel leur demande la délivrance. Les legs ne sont que des fidéicommis dont les réservataires sont chargés par le défunt. Ceci posé, il n'est pas probable que le Code ait voulu attacher la réserve et le droit de demander le retranchement à la simple qualité d'enfant, comme le faisait le droit romain : il se serait contredit, en venant donner la saisine héréditaire aux légitimaires, c'est-à dire à ceux qui ne sont pas héritiers (2).

Il y a, cependant, des objections insurmontables à faire à cette opinion, et c'est surtout dans la discussion du Code Napoléon qu'elles se rencontrent claires, énergiques et victorieuses.

916. Les rédacteurs du Code Napoléon se trouvaient placés entre les principes du droit romain et les principes du droit coutumier, qui partaient de deux points différents (3); mais, comme la matière se prêtait naturellement aux termes moyens et aux transactions, on préféra à un système exclusif un choix raisonné d'idées prises à l'un ou l'autre droit et adaptées aux exigences de la justice. De quoi s'agissait-il, en effet ? De la légitime, c'est-à-dire de la chose la plus favorable et d'un droit d'ordre public et social (4). Il arriva donc que, pour donner à ce droit sacré tous les priviléges réclamés par l'équité, on fit des emprunts tantôt au droit romain, tantôt au droit coutumier. De là, des idées qui ne cadrent pas avec les

(1) *Suprà*, nos 747, 769.

(2) M. Grenier, t. IV, no 589. M. Lescot, no 445, t. II. M. Marcadé sur 921, no 4.

(3) *Supra*, nos 746, 741.

(4) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 342).

principes que la réserve est l'hérédité, et d'autres idées qui font disparate dans le système d'après lequel la légitime est plutôt donnée à l'enfant qu'à l'héritier. Quiconque essayerait de plier le Code Napoléon à un système absolu et tout d'une pièce, lui ferait subir la torture. Son système est mixte, se portant tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, suivant la faveur des cas.

Or, ici, sur cette question particulière de l'action en réduction, il est de la dernière évidence que le Code Napoléon a envisagé la qualité d'enfant et non pas la qualité d'héritier ; que l'action en réduction, action exceptionnelle, toute particulière à l'enfant, toute personnelle à lui, se distingue des autres actions en demande de légitime (1) ; qu'elle est un privilége donné à l'enfant, seul, comme enfant, tandis que les autres actions en légitime ne sont que des actions héréditaires attribuées à la qualité d'héritier.

917. Mais suivons pas à pas la discussion. On s'occupe de l'action des créanciers du défunt, sur les biens que les légitimaires ont fait rentrer dans la succession pour former leur réserve ; question qui se lie intimement à celle de savoir si la réserve est la succession *ab intestat*.

M. Bigot considère qu'en principe les créanciers devraient avoir une action sur ces biens ; que pour la leur enlever il faut une exception. Il entend donc que les réservataires n'ont de droit que comme héritiers, et que, sans le secours de la loi, ils succomberaient devant l'action des créanciers (2). Tout une partie du conseil d'État se prononça en ce sens.

M. Réal dit : « L'enfant qui exerce cette action (l'action

(1) M. Portalis (Fenet, t. XII, p. 342).
(2) Fenet, t. XII, p. 335 et p. 342.

» en réduction) fait nécessairement acte d'héritier. Dès lors » il est tenu du payement des dettes (1) ».

M. Emmery : « La réduction est un privilége réservé aux » légitimaires exclusivement. Mais ils ne peuvent en faire » usage sans se porter héritiers, et ils ne peuvent revêtir » cette qualité sans entrer dans tous les engagements du » défunt qu'ils représentent (2). Point de doute que les biens » recueillis par l'enfant à titre de légitime, ne soient une » fraction de la portion héréditaire (3) ».

M. Muraire : « Les choses que la réduction fait rentrer » dans la succession, en prenant le caractère des biens hé- » réditaires, deviennent le gage des créanciers : car l'action » en réduction est une action héréditaire et une portion de » la succession (4) ».

M. Berlier : « Il n'est pas possible de voir seulement l'en- » fant dans l'individu qui exerce l'action en réduction, mais » aussi bien l'héritier au moins légitimaire, et, dès là, obligé » envers les créanciers (5) ».

918. Voilà bien un ensemble de doctrines, qui montrent que la question n'est pas passée inaperçue ou d'une manière fugitive. Elle a été posée avec précision, avec persistance, et des esprits distingués l'ont résolue dans le sens d'un acte d'héritier.

Mais voici la contre-partie, et celle-ci est la plus forte parce que le champ de bataille lui est resté après diverses péripéties.

Écoutons d'abord M. de Maleville.

« Dans le cours de la discussion, on a mal à propos sup-

(1) Fenet, t. XII, p. 337.
(2) *Ibid.*, p. 337.
(3) *Ibid.*, p. 342.
(4) *Ibid.*, p. 340.
(5) *Ibid.*, p. 343.

» posé que le légitimaire agissait nécessairement comme » héritier. Si c'était en cette qualité, il serait obligé de » maintenir la donation, comme les autres contrats sous- » crits par le défunt, au lieu d'être reçu à la faire retran- » cher (1) ».

Sur quoi M. Réal, dont l'opinion, favorable au créancier, était uniquement fondée (c'est lui qui le déclare) « sur ce qu'il pensait que l'enfant, qui exerce son action, fait acte d'héritier, » somma, pour ainsi dire, M. Maleville de justifier sa proposition et de prouver « que le successible qui » renoncerait pourrait, malgré sa renonciation, exercer son » action en légitime (2) ».

Alors M. Maleville répondit :

« Ce n'est là qu'une équivoque. Sans doute, le légitimaire, » qui aurait répudié l'hérédité de son père, ne serait pas » reçu à quereller les donations, parce que les donataires » lui diraient que, s'il ne l'avait pas répudiée, il aurait pu » trouver dans la succession sa légitime (3). Mais il ne s'en- » suit pas, pour cela, que ce soit comme héritier qu'il de- » mande le retranchement de la donation, et que, par une » conséquence ultérieure, il soit tenu au payement des » dettes contractées depuis : le contraire est évidemment » prouvé, puisqu'en cette qualité d'héritier, il serait obligé » de maintenir cette donation. C'est comme enfant et non » comme héritier ; c'est comme n'ayant pu être privé de sa » légitime par des dispositions à titre gratuit qu'il retran- » che ces donations excessives et qu'il se met, par l'autorité » de la loi, à la place des donataires (4). »

Le consul Cambacérès dit :

(1) Fenet, t. XII, p. 345.
(2) *Ibid.*, p. 345.
(3) *Infra*, n° 934.
(4) Fenet, t. XII, p. 345.

« La qualité de légitimaire ne suppose pas nécessairement » la qualité d'héritier (1). »

On le voit, tout cela est parfaitement clair.

Alors M. Treilhard proposa de trancher la question par des raisons particulières, sans examiner si le légitimaire est héritier ou créancier (2). Mais c'eût été éluder une difficulté qui avait donné plus d'un souci à l'ancien droit. Le conseil d'État n'entendit pas suivre ce conseil, et il décida, par sa première délibération, que les créanciers pourraient exercer leurs actions sur les biens rendus au légitimaire par la réduction ; ce qui était décider nécessairement aussi que le légitimaire se rendait héritier par sa demande en réduction.

919. Cependant, le Tribunat intervient : une tout autre doctrine prévaut dans son sein. Voici comment la formulent les procès-verbaux :

« L'action en réduction est un droit purement personnel. » Il est réclamé par l'individu comme enfant, abstraction » faite de la qualité d'héritier qu'il peut prendre ou non (3) ».

Et là-dessus, le conseil d'État revient de sa décision, et adopte le système que l'on sait. Puis, le tribun Jaubert, rendant compte de la loi au Tribunat, dit, à propos de l'art 921 :

« ... Ils ne viennent pas comme héritiers : ... l'action di- » recte en réduction est refusée aux créanciers ; mais elle ne » leur est refusée que parce qu'elle n'est pas dans la succes- » sion. Car si elle était dans la succession, on ne pourrait la » leur dénier (4). »

Et le tribun Favart, orateur du Tribunat :

« Ce n'est pas comme héritiers que les enfants demandent » le retranchement ; cela est si vrai que la portion donnée,

(1) Fenet, t. XII, p. 346.
(2) *Ibid.*, p. 347.
(3) *Ibid.*, p. 348.
(4) *Ibid.*, p. 593.

» qui entamait la réserve légale, était retranchée de la suc-
» cession. Les enfants la conquièrent sur le donataire ; ils
» la prennent aussi libre qu'elle l'était dans ses mains (1). »

920. En présence de ces éléments, quiconque voudra donner aux motifs de la loi l'autorité qui leur appartient, reconnaîtra que le législateur a considéré ici l'enfant et et non pas l'héritier, et que la qualité d'héritier n'est pas nécessaire pour intenter l'action en réduction. Le Code savait à quelles difficultés on se trouvait acculé quand on liait l'action en réduction à la qualité d'héritier; il n'ignorait pas l'embarras de Ricard, de Lebrun, de Coquille, de Dumoulin, d'Argou, pour sortir de l'impasse où cette qualité d'héritier les tenait emprisonnés (2). Il a donc pris une base différente. Il voit dans le demandeur en réduction l'enfant et non l'héritier : c'est à l'enfant et non à l'héritier, qu'il vient porter secours, par la création d'un privilége exceptionnel.

921. A cela, il y a de très-bonnes raisons : qu'est-ce que la réserve? Le mot le dit : c'est une portion du patrimoine paternel, dont le père n'a pas l'entière disposition, qui est grevée d'un droit au profit des enfants, qui est, à certains égards, attribuée à ces derniers par le seul fait de leur existence. Ils ne tiennent pas uniquement leur droit du défunt ; ils le tiennent aussi de leur qualité, de la nature, et de la loi, interprète de la nature. Ils ont même des droits contraires assez puissants pour mettre en question certains actes du défunt ; l'action en réduction en est la preuve, et M. Maleville en faisait la juste observation. Est-ce comme héritiers, continuant la personne du défunt, qu'ils viennent porter atteinte à des donations émanées du défunt ?

Il est vrai, qu'ils sont obligés par les contrats, les obliga-

(1) Fenet, t. XII, p. 634.
(2) *Suprà*, no 910.

tions, les faits émanés du défunt dans la limite de ce qui lui est permis par loi. Sous ce rapport, ils sont ses continuateurs et ses représentants. Mais ceci ne détruit pas notre proposition. Un associé est aussi tenu par les actes du gérant de la société, un communiste par le mandataire de la communauté, une femme commune par les actes de son mari. Mais il ne résulte pas de là que l'associé, le communiste, l'épouse n'aient pas un droit propre, individuel, personnel, qui se dégage de l'intérêt social et commun, et qui souvent se met en lutte avec celui qui en était l'agent. Entre le père et les enfants, il y a une sorte de communauté native et de copropriété, qui a pour conséquence la réserve (1). Les enfants étaient représentés par le père dans tout ce que la loi, la bonne foi envers les tiers et les nécessités du commerce autorisent; ils sont donc tenus de ses actes. Mais ils ne le représentent pas, lorsque, contre sa volonté, ils recherchent et reconstituent cette réserve, qui *ab initio* leur était commune avec lui et qu'il a annulée ou amoindrie par ses libéralités inofficieuses. Ils agissent alors *jure proprio*, *jure sanguinis*, *jure naturali*.

922. C'est donc à tort que l'on apporte ici des idées absolues, et que l'on formule, sans exception ni limite, la proposition vulgairement répétée que la réserve est la succession. On a raison dans beaucoup de cas, et je reconnais que très-souvent l'action en légitime est une action héréditaire. Mais ne généralisons pas trop, si nous voulons nous garder de l'erreur. Il faut, en effet, faire attention que le droit des enfants est un droit mixte, un de ces droits où se rencontrent des principes opposés, comme le droit de la femme sur la communauté, et qui revêtent plus d'une couleur. Voulez-vous remonter à la source de la succession *ab intestat*, créée

(1) *Supra*, nos 737, 757.

par la loi au profit des enfants? vous aurez une nuance. Voulez-vous, au contraire, vous préoccuper davantage des fondements de la légitime? vous en aurez une autre. La succession *ab intestat* découle d'une présomption d'affection du père envers ses enfants; la légitime découle d'une défiance de la loi contre son pouvoir arbitraire. Dans le premier cas, le législateur fait ce qu'il est présumable que le père aurait fait, s'il eût exprimé sa volonté; dans le second, elle défait, suivant les circonstances, elle modifie ou limite l'œuvre de sa volonté exprimée. Dans le premier cas, l'enfant représente et continue celui qui est censé l'avoir appelé; dans le second, loin de le représenter et de le continuer toujours, il peut être conduit à le contrarier et le combattre. Dans le premier cas, ce qui domine, c'est le droit de propriété du père, consacré pendant sa vie au bien-être de ses enfants, exercé à leur profit, et religieusement transmis après sa mort, à ces élus présumés de son affection; dans le second cas, ce qui frappe l'esprit, c'est le droit de copropriété des enfants, se défendant, s'il y a lieu, contre les atteintes du père et opposant à son omnipotence le contre-poids de leur réserve. Dans le premier cas, le père a rempli son devoir envers ses enfants; il est quitte, et ceux-ci doivent à sa mémoire des actions de grâce. Dans le second cas, le père, qui n'a pas respecté la légitime, est mort débiteur des siens; il les laisse ses créanciers (1). Et M. Bigot disait très-bien : « *L'enfant est* « *créancier lui-même* (2). »

Voilà certainement des situations très-diverses; et quand, pour les définir, le Code passerait du droit romain au droit coutumier, il ne mériterait pas le reproche d'incohérence ou de contradiction.

(1) *Veluti* AD DEBITAM *successionem eos vocando*. Paul, l. 7, D., *De bonis damnat*.

(2) Fenet, t. XII, p. 342.

923. Nous disons donc qu'il faut faire une distinction entre le cas où le père transmet aux enfants leur légitime intacte, de manière qu'ils la reçoivent de lui, et le cas où il l'a altérée ou détruite, et où ils la recherchent contre lui. Là, ils succèdent véritablement : ils prennent la place du père (1); ils reçoivent de lui un bienfait, puisqu'il aurait pu vendre, dissiper, jouer, et qu'il a mieux aimé être un père affectueux et conservateur. Il y a concours de la volonté du père pour transmettre, et de la volonté des enfants pour accepter; et ce concours produit le lien, la chaîne de la succession. Ici, au contraire, les enfants ne sont pas héritiers; ils sont adversaires, contradicteurs et créanciers.

924. Ce double aspect n'a rien qui blesse la raison : il sort, au contraire, de la nature des choses. Les anciens auteurs coutumiers en avaient eu le pressentiment (2). Qu'est-ce que l'idée de Coquille de faire accepter la légitime seulement, si ce n'est que la légitime ne ressemble pas aux autres parties de la succession, qu'il y a, en ce qui la concerne, des règles spéciales, et qu'on n'en hérite pas de la même manière qu'on hérite de la partie non réservée? Si la légitime était dans la succession du défunt au même titre que le reste de son patrimoine, est-ce qu'il serait possible, aux yeux d'un esprit aussi judicieux que Coquille, de l'accepter avec des effets qui ne fussent pas ceux d'une acceptation ordinaire? Je pourrais en dire autant des biais proposés par Argou, Ricard, etc., etc.; car ils attestent une pensée qui met une différence sensible entre la légitime et les autres effets de la succession. Il est certain, effectivement, que la légitime n'a pas un caractère unique, et que sa physionomie dépend beaucoup de la question de

(1) Arg. de l'art. 924.
(2) *Supra*, n° 910.

savoir où et comment on la prend. Elle est la succession, ou une partie de la succession, quand on la prend dans la succession. Mais si on est obligé de la conquérir sur des choses aliénées par le défunt et placées par lui en dehors de sa succession, ce n'est plus, à vrai dire, la succession qu'on appréhende : on ne lui succède pas; on exerce un privilége personnel, inhérent à la qualité d'enfant et que nul autre que l'enfant ne pourrait exercer. M. Portalis avait donc raison de dire : « L'action en réduction est un privi-» lége personnel à l'enfant, à la différence de l'action en lé-» gitime qui est une portion de la succession (1). »

925. On s'est élevé contre cette doctrine, et l'on a prétendu, qu'il ne faut pas attacher trop d'importance à l'opposition d'intérêts qui se manifeste ici entre l'enfant et le père donateur; qu'il ne faut pas donner trop d'extension au principe, que l'héritier représente et continue celui dont il recueille les biens ; que, si l'héritier a des droits qui prennent leur source dans la personne du défunt, il en a d'autres que la loi institue pour ne prendre leur commencement qu'après le décès dans la personne du successeur; que, par exemple, le droit de demander le rapport est une action nouvelle qui n'émane pas du défunt; qu'on trouve même des actions établies contre l'héritier et qu'on n'aurait pas pu exercer contre le défunt, par exemple, l'action en payement de legs, etc. (2).

Tout cela n'est pas admissible; les exemples que l'on pose vont directement contre la thèse que l'on soutient. Le droit de demander le rapport est une des prérogatives de la qualité d'héritier, parce qu'il est dans la succession, parce qu'il procède de la volonté du défunt, parce

(1) Fenet, t. XII, p. 342.

(2) M. Lescot, t. II, n° 446. M. Marcadé sur l'art. 921, n° 4.

que celui-ci, en donnant par simple avancement d'hoirie, a entendu que le rapport se ferait à sa succession, et qu'il a dès lors transmis à ses héritiers le droit de faire exécuter les stipulations de ses traités. Quant à l'action en payement de legs dirigée contre l'héritier, est-ce que ce n'est pas parce qu'il représente le défunt, qu'il est obligé de vouloir ce que le défunt a voulu? Ne confondons pas le temps de l'action avec le principe de l'action; il est mille fois évident que beaucoup d'actions qui n'avaient pas d'existence du vivant du défunt, ne sont pas moins, pour cela, dans sa succession comme procédant de lui. Toutes les actions en partage, toutes les actions *ex testamento* sont dans ce cas.

Mais, dans la question que nous agitons, s'agit-il de rien de semblable? Non, évidemment non. L'action en réduction est incompatible avec la représentation du défuut. Ce n'est pas parce qu'elle est née après la mort du défunt, comme l'action en rapport, que nous disons qu'elle ne procède pas du défunt; c'est parce qu'elle va contre les intentions du défunt, et qu'elle tend à renverser, dans l'intérêt unique de l'enfant, ce que le donateur avait dans le libre usage de son droit de propriété. On ne saurait trouver, dans le droit, une action héréditaire qui ne procède pas du défunt. Alors même que l'héritier *ab intestat* demande la nullité du testament fait contre les lois ou dans une forme irrégulière, il fait ce qu'aurait pu faire le défunt, si l'acte lui eût été opposable, c'est-à-dire demander à être délié d'une obligation vicieuse et nulle en la forme ou au fond.

926. Revenons, maintenant, à la question posée au n° 914.

Comme nous le disions, elle se présente dans l'hypothèse où les biens restants n'ont pu payer les créanciers du défunt et où le légitimaire n'a pu trouver sa légitime qu'au moyen des retranchements opérés sur les donations. Cette position

est la plus fréquente, quoi qu'en ait dit M. Berlier (1); car on verra plus tard qu'il n'y a de biens pour payer la légitime, qu'autant que les créanciers ont été désintéressés; *bona non dicuntur nisi deducto œre alieno*. Si donc un conflit se produit entre les créanciers et le légitimaire, c'est que la succession est obérée et insolvable; c'est que les créanciers n'ont pu trouver dans les biens restants de quoi se payer de leur dû; c'est que, sans les retranchements obtenus, il n'y aurait rien, ni pour les créanciers, ni pour les légitimaires.

Ceci posé, il est clair que la nécessité d'une acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire n'a pas le moindre fondement. L'enfant ne fait pas acte d'héritier en exerçant l'action de retranchement; il agit comme enfant, *jure proprio*, ainsi que nous l'avons dit, avec tous ceux des rédacteurs du Code Napoléon qui ont fait prévaloir leur opinion dans la rédaction définitive de la loi. Jamais, dans la discussion du conseil d'État et du Tribunat, on n'a regardé le bénéfice d'inventaire comme condition nécessaire pour échapper au recours des créanciers. M. Réal disait même que cette sorte d'acceptation ne servait à rien (2). Le législateur a été beaucoup plus radical; il a voulu que l'enfant, en demandant la réduction, ne fît pas acte d'héritier: il a déclaré qu'il n'agissait que comme enfant.

Puisque son action n'est pas celle d'un héritier, mais la sienne propre, elle ne lui fait pas prendre qualité; elle ne l'engage pas; elle ne le compromet pas, et l'on se trouve ramené, par là, à l'opinion si sensée de Dumoulin, qui disait qu'il suffisait de s'abstenir, sans répudier ni accepter.

Le sentiment que je combats me semble, d'ailleurs, renfermer une contradiction : si, en effet, les choses provenant

(1) Fenet, t. XII, p. 343.
(2) Fenet, t. XII, p. 337.

du retranchement tombent dans le patrimoine propre de l'enfant, ainsi qu'on reconnaît que cela doit arriver par le bénéfice d'inventaire, on reconnaît, par là même, qu'elles ne sont pas choses de la succession, de l'hérédité. Si elles ne sont pas choses de la succession et de l'hérédité, c'est donc qu'elles appartiennent à l'enfant *jure proprio*. Si elles sont choses propres et personnelles, il ne fait donc pas acte d'héritier en les demandant, et s'il ne fait pas acte d'héritier, que vient-on parler de la nécessité de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, pour ne pas s'immiscer dans l'hérédité?

927. Il suit de là que l'enfant qui a une fortune personnelle, n'a pas à craindre que la prise de sa réserve par voie de réduction, donne droit aux créanciers de son père d'agir contre lui sur ses biens propres. Puisque son action n'est pas considérée comme un acte d'héritier, elle n'opère aucune immixtion, aucun mélange; elle laisse l'enfant ce qu'il était auparavant. Ce résultat peut paraître offensant pour la bonne foi, et le Premier Consul en faisait l'observation, voyant bien que tel était le résultat du système qu'il combattait : « Il est contre les mœurs, disait-il, qu'un fils » opulent ne paye pas les dettes de son père (1). » Que répondit M. Treilhard? Que l'exercice de l'action, sans la précaution du bénéfice d'inventaire, opérerait une confusion de patrimoines qui rendrait le fils débiteur personnel? Nullement. Il répondit : « Qu'en formant des hypothèses, » il est facile d'attaquer la loi la plus sage et de justifier » la loi la plus insensée (2). » Comprenant bien que le résultat de la loi serait de rendre l'enfant inattaquable sur ses biens personnels.

(1) Fenet, t. XII. p. 346.
(2) *Ibid.*

928. Les observations qui précèdent servent à résoudre la difficulté suivante :

Par exemple, un enfant parvient à composer sa légitime avec les réductions qu'il a fait opérer sur les donations : sous tous les autres rapports, la succession n'a pas de biens existants. Mais voilà que, plus tard, on découvre des biens tombés dans l'hoirie et inconnus lors de la réduction. Il est certain que les donataires auront le droit de dire à l'enfant : « Payez-vous de votre légitime sur ces valeurs nou-
» velles, et rendez-nous ce que vous nous avez enlevé par
» le retranchement; car nous n'étions soumis à la réduc-
» tion qu'à défaut des valeurs de la succession. Puisque la
» succession est devenue assez riche pour vous payer sa
» dette, nous devons rentrer dans ce qui, désormais, est à
» nous irrévocablement. »

L'enfant sera donc obligé de restituer aux donataires ce qu'il avait conquis sur eux. Et comme dans la situation que nous lui avons faite, il n'a pu être obligé de prendre qualité pour conquérir sa légitime, comme il n'a pas non plus renoncé, rien ne l'empêchera d'appréhender la succession avec les éléments nouveaux dont elle s'est enrichie.

Le président Espiard, annotateur de Lebrun (1), M. Grenier (2) et M. Toullier (3) ont exprimé la crainte que l'enfant qui n'aurait pas accepté ou purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, afin de faire retrancher la donation, ne pût profiter des biens découverts *ex post facto*, de sorte qu'il perdrait la réduction et n'aurait pas les biens *ab intestat*.

Ces craintes pourraient avoir quelque fondement dans le

(1) *Sur Lebrun, success.*, 2, 3, 1.
(2) T. IV, no 592.
(3) T. V, no 124.

système de ceux qui conseillaient à l'enfant de renoncer à la succession, et de s'en tenir à son droit d'enfant sur la réduction, comme Argou et autres (1). Mais elles sont illusoires dans le système de ceux qui pensent que l'enfant n'a pas besoin de prendre qualité, qu'il ne doit pas non plus renoncer, qu'il lui suffit de s'abstenir.

929. Nous venons d'examiner sous ses différentes faces la question de savoir si les créanciers du défunt ont une action pour demander la réduction et s'ils peuvent en profiter. Il est évident que les solutions négatives données, en ce qui les concerne, s'appliquent, à plus forte raison, aux donataires et légataires gratifiés par le défunt. Celui-ci, maître de sa fortune, a pu en disposer comme il l'a entendu : il n'a pas à en rendre compte à des étrangers, et ses actes d'aliénation et de donation tiennent irrévocablement. A ses derniers donataires et à ses légataires, il n'a donné que ce qu'il y avait. Tant pis pour eux, s'il n'y a rien ou s'il y a moins.

Voici une espèce intéressante où ce principe, clair en lui-même, se trouvait mêlé de complications délicates.

Les époux Cassaigne s'étaient donné la jouissance, par contrat de mariage, d'une somme de 30,000 fr. à prendre sur la succession du prémourant.

La dame Cassaigne prédécéda ; elle laissait un fils ; de plus, par un testament, elle laissait au sieur Devaux, son père, le tiers de tous ses biens.

La succession de la dame Cassaigne n'était pas aussi considérable que ses dispositions semblaient le faire croire. Elle ne s'élevait pas au-dessus de 30,000 fr. Par là, la donation portée dans le contrat de mariage se trouvait réduite à l'usu-

(1) *Supra*, nº 910.

fruit de la moitié de la somme de 30,000 fr., d'après l'art. 1094 du Code Na poléon.

Mais qui pouvait profiter de cette réduction ? Était-ce l'enfant seul ? ou bien le sieur Devaux, se mettant au procès en présence de cet enfant dont le droit n'était pas contesté, pouvait-il arranger les choses de maniere à profiter de cette réduction ?

La cause, portée en première instance, y fut résolue par le mode que voici :

La moitié en usufruit équivaut au quart en propriété; mais, d'un autre côté, la mère a pu disposer de la moitié de ses biens, attendu l'existence d'un enfant; il s'ensuit que le legs fait à Devaux doit être réduit à un quart, au lieu de rester du tiers de tous les biens.

La cour d'Agen réforma cette décision; elle prit pour point de départ ceci, à savoir : que les 30,000 fr. étant la seule valeur de la succession, il fallait en distraire la moitié pour former la réserve de l'enfant; puis l'arrêt fait porter les libéralités sur l'autre moitié.

En admettant, avec le premier juge, que la donation contractuelle est réduite à l'usufruit de la moitié, d'après l'art. 1094 du Code Napoléon, il blâme la conversion de cette moitié en un quart en toute propriété, conversion faite par le tribunal de première instance, pour donner effet au legs de Devaux; or, ce legs ne pouvait en rien modifier le don fait à Cassaigne, qui lui était antérieur. La succession est entamée, d'abord par la réserve qui porte sur la moitié en toute propriété, ensuite par la donation contractuelle faite à Cassaigne de l'usufruit de l'autre moitié; le legs ne peut donc sortir à effet que pour la nue propriété de cette dernière moitié.

Il y eut pourvoi en cassation, et, par arrêt du 5 avril 1846,

l'arrêt d'Agen a été cassé (1). Les motifs de cette cassation se réduisent à des termes très-simples. La somme de 30,000 fr. était la seule valeur de la succession. La dame Cassaigne avait donné l'usufruit de cette somme à son mari, par son contrat de mariage. Il ne restait donc dans sa succession que la nue propriété de ces 30,000 fr. Sans doute le fils a action pour se plaindre de ce que sa réserve a été entamée; mais, quel que puisse être le règlement de droit entre l'héritier à réserve et le donataire contractuel, que pourrait-il rester à Devaux en fixant au plus haut sa part avenante? Le tiers à prendre dans cette nue propriété des 30,000 fr. Or, la cour lui a attribué la nue propriété de cette somme. Elle a donc violé l'art. 921 du Code Napoléon (2).

930. Des créanciers, donataires et légataires du défunt, passons aux ayants cause du légitimaire.

Nous avons dit, en commençant, qu'ils sont appelés par notre article à exercer l'action en réduction. Dans le droit romain, il n'était pas permis aux créanciers de se porter héritiers pour leur débiteur renonçant (3).

Mais le droit français n'a jamais voulu laisser à un héritier le moyen de frustrer ses créanciers par une renonciation faite en haine d'eux (4).

De là la conséquence que lorsqu'un créancier accepte pour un légitimaire dont la réserve n'est pas intacte, il a le droit de demander que cette légitime soit complétée par le retranchement des legs et des donations entachés d'inofficiosité (5).

(1) Devill., 46, 1, 795, 796.

(2) Nous reviendrons sur cet arrêt dans notre Commentaire de l'art. 1094.

(3) L. 28, D., *De verb. signif.* L. 6. §§ 2 et 4, D., *Quæ in fraudem.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 192, n° 6.

(4) Voy. *Coutume de Normandie*, art. 278. M. Merlin, Répert., v° *Héritier*, 2, 2. 2, p. 651, et v° *Légitime*, sect. 3, § 5, et sect. 7, § 3.

(5) Pothier, *Donat. entre-vifs*, 3, 3, 7.

On peut consulter les art. 788 et 1166, qui sont le siége de la question et offrent la raison de décider (1). On peut y y ajouter que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (2).

Le même droit appartient aux héritiers du légitimaire et à tous ses ayants cause.

931. C'est aujourd'hui un point constant que l'enfant naturel a une réserve sur les biens du père ou de la mère qui l'a reconnu. Pour profiter de cette réserve, l'enfant naturel peut faire réduire, soit les donations entre-vifs, soit les donations testamentaires (3).

932. Mais ce droit de réductiou s'étend-il aux donations faites par le père ou la mère avant la reconnaissance ? La cour de Rouen a décidé la négative par arrêt du 27 janvier 1844 (4). Elle n'a pas nié que le droit de réserve puisse atteindre les donations postérieures à la reconnaissance; mais elle n'a pas voulu qu'il en soit de même pour les donations antérieures à cette reconnaissance. Il lui a semblé qu'il fallait respecter les droits acquis, surtout quand ce sont des enfants légitimes qui s'en prévalent contre un enfant né hors du mariage.

De graves considérations de morale militent en faveur de cette décision.

Le Code Napoléon, quoique plus favorable à l'enfant naturel que l'ancienne législation, n'a cependant pas voulu le traiter avec les idées fausses et dépravées de notre première révolution, qui le mettaient sur la même ligne que l'enfant légitime. Sous le Code Napoléon, l'enfant naturel n'est pas héritier; il a un droit sur les biens, mais ce n'est pas un droit

(1) *Junge* Grenier, no 593. Touiller. V, nos 120, etc.
(2) Art. 2093.
(3) *Supra*, no 773.
(4) Devill., 44, 2, 534.

héréditaire. Il est un successeur irrégulier, comme l'État. Il semble qu'il ne soit pas considéré comme parent du défunt.

Partant de là, peut-on dire qu'il a été dans le système du Code Napoléon de donner à la reconnaissance l'efficacité retroactive dont jouit la naissance légitime ? Peut-il dépendre du père de porter atteinte, par un fait volontaire, à des droits irrévocables ?

On objecte l'art. 757, d'après lequel l'enfant naturel a un droit qui n'est qu'une fraction du droit de l'enfant légitime, et l'on en conclut que la fraction doit être nécessairement de la même nature que l'unité dont elle fait partie. Mais, de ce que l'art. 757 a fixé la quotité de l'enfant légitime, s'ensuit-il qu'il ait donné à l'exercice de ce droit les mêmes faveurs, les mêmes priviléges, les mêmes moyens d'efficacité qu'à la légitimité ? La nature des choses ne résiste-t-elle pas à une rétroactivité qui n'a été établie que pour la légitimité et qu'on rétorquerait ici contre elle ?

Malgré ces raisons, la cour de cassation a cassé l'arrêt de Rouen, par arrêt du 16 juin 1847 (1). Le texte sur lequel cet arrêt se fonde principalement, c'est l'art. 757, qui met, dans le droit de l'enfant légitime, la base et le type du droit de l'enfant naturel ; la raison philosophique à laquelle il se rallie, c'est que la reconnaissance est l'accomplissement d'un devoir impérieux (2).

Tout cela est grave, on n'en saurait disconvenir. Tout cela aussi concorde assez bien avec la condescendance que la jurisprudence de la cour suprême montre pour les enfants naturels. Mais le sort des donataires devient bien précaire, s'il est abandonné aux évantualités d'une concurrence non

(1) Devill., 47, 1, 660.

(2) M. Saintespès-Lescot, t. II, n° 320, Duranton, V, 311, note. — *Contra*, Grenier, t. IV, n° 665.

avouée par les mœurs et la loi, et si des situations fausses viennent produire les effets que des situations légitimes n'ont obtenus qu'à cause de leur extrême faveur.

933. Après ce que nous avons dit de la reconnaissance des enfants naturels, il est clair que la légitimation et l'adoption agissent rétroactivement en faveur de l'enfant, quant à la réduction des donations (1).

934. Il faut voir, maintenant, quelles fins de non-recevoir peuvent être opposées à l'enfant exerçant son action en réduction. Il y en a plusieurs qui méritent de fixer notre attention. D'abord, elle peut être repoussée parce qu'elle est prématurée ; par exemple, quand elle est exercée avant l'ouverture de la succession du disposant. Des enfants ne sauraient, du vivant de leur auteur, critiquer ses libéralités. Ce serait contraire à la maxime : *viventis nulla hæreditas est* (2).

935. Toutefois, il ne leur est pas défendu d'intervenir pour conserver, quand besoin est, leurs droits ultérieurs (3). C'est ce que l'on voit arriver dans les débats qui n'existent que trop souvent entre les enfants d'un premier lit et une seconde épouse avantagée par le mari dans son contrat de mariage et poursuivant sa séparation de biens. Les enfants ont, sans aucun doute, le droit d'intervenir à la liquidation, afin d'en surveiller les opérations (4) ; mais il n'ont pas le droit de faire réduire les dons faits à leur belle-mère, tant que leur père n'est par décédé, tant que la succession n'est par ouverte. Comment le pourraient-ils, puisque la quotité disponible dépend du nombre des enfans du premier

(1) Cassat., 29 juin 1825 (Devill., 8, 1, 146).

(2) Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 16). Furgole sur l'art. 38 de l'ord. de 1731.

(3) Mon comm. du *Contrat de mariage*, t. III, nos 2221, et t. I, no 134.

(4) Cassat., 27 mars 1822 (Devill., 7, 1, 44). Riom, *loc, cit.*

lit existant au décès de l'époux donateur, et que s'il n'en existe plus, il n'y a pas lieu à réduction ?

936. En ce qui concerne la renonciation de l'enfant à la succession, on pressent facilement, après ce qui vient d'être dit, quels sont les principes au moyen desquels la question se résout.

Dans le droit romain, l'enfant qui renonçait à la succession n'était pas censé renoncer à sa légitime, parce que la légitime était attachée au titre d'enfant et par conséquent à celui d'héritier. Furgole a plusieurs fois enseigné cette vérité avec l'abondance d'érudition qui le distingue (1). Aujourd'hui, il n'est pas vrai de dire que la légitime n'est attribuée qu'à la qualité d'enfant. Mais, sans revenir ici sur cette question, il nous suffit d'avoir prouvé que l'action en réduction dépend de la seule qualité d'enfant, pour qu'on se sente porté à dire, ainsi que Furgole, que la renonciation de l'enfant à la succession de son auteur ne le rend pas irrecevable à demander la réduction.

Cependant cette solution ne va pas toute seule. On a vu, ci-dessus, ce qu'en disait M. Maleville sollicité par M. Réal (2). Il est certain que l'enfant qui renoncerait se créerait des embarras sérieux. Les donataires pourraient lui dire : Nous ne sommes sujets à votre action qu'autant que la succession n'a pas pu vous payer de votre légitime. Mais vous y avez renoncé, et par là vous n'avez pas seulement renoncé aux valeurs actuelles, qui peuvent être nulles ou insuffisantes, mais encore aux valeurs dont elle pourrait s'enrichir plus tard, et qui vous obligeraient à nous rendre ce que le rentranchement nous aurait enlevé. Les choses ne sont donc pas entières par votre fait, et ce fait se rétorque contre vous

(1) Chap. 10, sect. 2, nos 39 et suiv.
(2) No 918.

en vous rendant non recevable. Pourquoi d'ailleurs renoncer ? Ne vous suffisait-il pas de vous abstenir ? Qui est-ce donc qui veillera sur l'hérédité ? Qui est-ce qui fera rentrer les valeurs aujourd'hui inconnues, mais qui pourront se retrouver plus tard ?

Ces objections sont graves. Elles sont de nature à embarrasser le légitimaire qui se serait mis ainsi en dehors de la succession par une renonciation inutile.

Cependant, je ne les crois pas d'une force invincible dans tous les cas : et l'on pourrait peut-être sauver le légitimaire au moyen de cautions qu'on exigerait de lui pour sauvegarder les intérêts du donataire, le cas échéant.

937. Il est possible que le légitimaire renonce à l'action en réduction d'une façon directe.

Par exemple, s'il exécute les donations en connaissance de cause après la mort du disposant ; si, dans les mêmes circonstances, il délivre les legs (1) ; mais les faits et l'intention ont, dans ces sortes de questions, une grande influence (2).

938. A ce propos, on demande si la réception d'un legs exclut le réservataire du droit de poursuivre la réduction ?

Dans le droit romain, où l'héritier testamentaire était saisi de la succession, ce cas se présentait souvent. La jurisprudence subit plusieurs changements. Et d'abord, lorsque la querelle d'inofficiosité subsistait encore et offrait aux enfants exhérédés un remède contre l'oubli du père, il était de principe que la réception du legs porté dans le testament inofficieux devait être considérée comme une appro-

(1) Arg. de l'art. 1340.
(2) M. Toullier est trop absolu, V. 162.

bation tacite du jugement du défunt, et, par conséquent, comme une renonciation à la plainte (1).

Mais les règlements que Justinien fit sur la légitime, amenèrent un changement dans cette jurisprudence. La loi 35, § *Generaliter*, C. *De inoff. testamento*, décida que le légitimaire ne devait pas être exclu de la demande en supplément, par cela seul qu'il avait reçu le legs à lui laissé, à moins qu'il n'eût expressément pactisé avec les héritiers testamentaires qu'il ne demanderait rien au delà (2).

Cette loi était universellement adoptée en France dans les pays de droit écrit et même dans les pays coutumiers (3). Le président Favre (4) autorise, d'un arrêt du sénat de Savoie, l'opinion que le fils qui accepte l'institution que son père a faite de sa personne sous la condition expresse qu'il ne pourra distraire sa légitime des dispositions particulières dont il le charge, n'est pas exclu par cette acceptation pure et simple du supplément ou de la restitution de la légitime ; et cette décision est adoptée par Ricard (5).

Il est clair que, dans la jurisprudence actuelle, la loi 35, § 2, C. *De inoff. test.*, doit être suivie. Car la réserve étant un droit aussi sacré que la légitime, il serait tout à la fois injuste et odieux de fonder sur des conjectures la privation d'un privilége accordé par la nature.

A la vérité, le cas ne peut se présenter que rarement sous le Code Napoléon, qui défère la saisine de tous les biens aux héritiers en faveur desquels la réserve est établie. Cepen-

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 196, n° 45, où il faut voir la loi 5. D., *Quæ ut indignis*. Ricard, part., 3, n° 989.

(2) Pothier, *loc. cit.*, t. I, 192, n° 22.

(3) Ricard, part. 3, n°s 989, 990. M. Merlin, Répert., v° *Légitime*, p 46. *Contra*, Louet, lettre *L*, somm. 6.

(4) Code, *De inoff. test.*, définit. 10.

(5) P. 3, n° 991.

dant il n'est pas impossible qu'il se présente. Ainsi, par exemple, un père, qui a marié sa fille, lui laisse par testament une somme pour lui tenir lieu de dot. Ses frères s'emparent de la succession et lui payent la somme portée au testament. Si, plus tard, elle reconnaît que sa dot est inférieure à sa part de réserve, croit-on qu'elle ne pourra pas agir pour le surplus contre ses frères qui auraient profité par droit l'accroissement de sa part, comme si elle eût renoncé? Il est cent fois évident qu'elle le pourrait; sauf à rapporter son legs, ou a se contenter de ce qui serait nécessaire pour parfournir sa quote part.

Supposons, maintenant, que le réservataire, institué pour un legs insuffisant, ait laissé un légataire universel s'emparer des biens de la succession et ait reçu de lui ce legs. Nous dirons qu'à moins de renonciation certaine, il pourra agir contre ce légataire universel en réduction du legs, et qu'on ne pourra lui opposer aucune présomption de renonciation tacite.

939. On peut aller plus loin, et demander si le réservataire ne peut, à légard d'un légataire universel, cumuler les qualités de réservataire et de légataire. Si, par exemple, un legs étant fait à l'héritier de la portion indisponible, le légataire universel pourra exiger qu'il impute ce legs sur la réserve, ou bien si l'héritier à réserve peut, outre son legs, prétendre la réserve. Mais cette question sera mieux à sa place dans le commentaire de l'article 922 (1).

940. L'héritier, qui s'est mis en possession des biens du défunt, sans en faire inventaire, peut-il former ensuite l'action en réduction pour obtenir sa réserve?

La raison de douter est, qu'en s'emparant des biens sans inventaire, l'habile à succéder s'est mis hors d'état de pou-

(1) *Infra*, n° 990.

voir constater la valeur des biens trouvés lors du décès du défunt; qu'il s'est rendu héritier pur et simple; qu'il est tenu, par cette acceptation, d'acquitter toutes les charges de la succession, c'est-à-dire les dettes et legs, et qu'il en est tenu *ultra vires hæreditatis*, tant sur ses biens personnels que sur ceux de la succession.

Nonobstant ces raisons, beaucoup d'excellents auteurs enseignaient autrefois (1) que l'héritier pouvait, même en ce cas, demander la légitime ; et qu'à défaut d'inventaire, les légataires qui refusent de s'en tenir à sa déclaration, peuvent constater les forces de la succession par des enquêtes de commune renommée. Cette opinion se fondait sur ce que la privation de la légitime est une peine qui n'est établie en France par aucune loi.

Cependant on trouve l'opinion contraire enseignée dans les arrêtés de Lamoignon (2), dans Chabrol (3) et dans Brodeau (4).

Mais elle ne doit pas être suivie (5). En effet, si la loi exige que tout héritier, sans distinction, accepte sous bénéfice d'inventaire, pour se dispenser de payer les dettes du défunt au delà des forces de l'hérédité, elle n'exige pas que le réservataire prenne la même précaution, pour être autorisé à faire réduire les legs et donations. Les légitimaires agissent *de damno vitando* contre des personnes qui disputent *de lucro captando*. Il eût été trop rigoureux de les faire succomber dans leur droit pour l'omission d'une formalité qui, en définitive, peut être remplacée par d'autres preuves : la loi ne

(1) Ricard, p. 3, n° 993. Pothier, *Donat. entre-vifs*. art. 5, § 7. Lebrun, III, 4, 75, et suiv. Merlin, Répert, v° *Légitime*, 5, § 5.

(2) T. 50, *De la légitime*.

(3) *Sur Auvergne*, ch. 12, art. 41, quest. 8, t. 2, p. 27.

(4) *Sur Louet*, lettre *L*, somm. 7.

(5) Toullier, 5, 166. Grenier, t. IV, n° 591.

l'a pas voulu. D'ailleurs les légataires et donataires avaient le droit de requérir l'apposition des scellés et l'inventaire des meubles de la succession (1). Mais, si les légitimaires avaient commis des soustractions et des dissimulations pour faire tort aux donataires, ils seraient irrecevables (2).

941. L'exercice de l'action en réduction ou en pétition de réserve s'éteint par la prescription.

Autrefois, on avait agité la question de savoir si la légitime était prescriptible, et quelques auteurs avaient enseigné que non. Mais cette opinion n'était pas soutenable; aussi n'eut-elle pas longtemps du crédit.

L'action en réduction se prescrit par le temps requis pour les prescriptions ordinaires.

Lorsque la bonne foi y est nécessaire, il faut distinguer entre les donataires ou légataires sur qui pèse la réduction, et les tiers acquéreurs de ceux-ci.

En effet les premiers savent que leur titre les soumet à la réduction, s'il y a lieu; ils sont personnellement obligés à cette réduction, tant qu'ils sont détenteurs des biens donnés, puisque l'action en pétition de réduction est une action personnelle *in rem scripta*. Ils ne peuvent donc invoquer leur bonne foi; d'où il suit qu'ils ne peuvent prescrire contre le réservataire que par trente ans (3).

Mais il n'en est pas de même à l'égard des tiers détenteurs; ils ignorent l'obligation à laquelle les soumettent les biens de la succession, et leur bonne foi les met à couvert. Ils prescrivent donc contre les légitimaires par dix ans entre

(1) Bourges, 11 décembre 1821 (Devill., 6, 2, 497). Paris, 11 février 1825 (Devill., 8, 2, 26).

(2) Cassat., 16 janvier 1821 (Devill., 6, 1, 366).

(3) Art. 2262, C. Nap. M. Merlin, Répert., v° *Légitime*, p. 52.

présents et vingt ans entre absents (1), lorsqu'ils ont titre et bonne foi.

942. La prescription commence à courir du jour du décès du disposant : car c'est de cette époque que le droit des réservataires prend naissance. L'art. 38 de l'ordonnance de 1731 en contenait la disposition expresse (2). Auparavant, les enfants n'ont ni droit ni action : *Viventis nulla est hæreditas* (3).

Article 922.

La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer.

SOMMAIRE.

943. La quotité disponible est corrélative à la masse des biens existants au jour de l'ouverture de la succession.
944. On réunit fictivement à ces biens tous les biens donnés.
945. Pourquoi cette réunion ne se fait que fictivement.
946. Ce n'est qu'après que la déduction des dettes a été faite, que l'on réunit ainsi les biens donnés aux biens existants.
947. Composition de la masse.
948. *Quid* à l'égard des créances mauvaises et douteuses ?

(1) M. Merlin, *loc. cit.*
(2) Furgole sur cet article.
(3) *Supra*, n° 934.

949. La créance sur un débiteur insolvable, qui reçoit sa libération de la volonté du disposant, doit entrer dans la composition de la masse.

950. *Quid* si la libération donnée excède les forces de la portion disponible ?

951. *Quid* des créances conditionnelles ?

952. La chose frappée d'un droit de retour au profit de l'ascendant donateur, doit-elle être comprise dans la masse de la succession du fils? — Distinction.

953. La question est la même à l'égard de l'adoptant.

954. Quels fruits entrent dans la masse.

955. Estimation de la valeur de la masse active.

956, De la masse passive.

957. La réserve de l'enfant naturel, quoiqu'elle soit une dette du père, ne saurait figurer dans la masse passive.

958 Toutes les donations sont rapportées fictivement à la masse : ainsi les dots constituées par le défunt;

959. Ainsi les donations mutuelles.

960. *Quid* des donations rémunératoires?

961. Comment apprécier les rapports d'affaires d'un fils avec son père, lorsque celui-ci a mis des fonds dans son commerce?

962. *Quid* si le fils, dans cette situation, a fait faillite et a obtenu un concordat? — Distinction.

963. Suite de la distinction.

964. Il faut considérer les biens, faisant l'objet d'un partage anticipé fait par le père de famille, comme n'existant plus, de sorte que si, après le partage, il survient d'autres biens, ils doivent être partagés entre les enfants, sans qu'on ait à se préoccuper du partage précédent;

965. A moins cependant, que le disposant n'ait fait à cet égard des réserves expresses dans l'acte de partage.

966. Hors ce cas, le partage est définitif.

967. *A fortiori* lorsque le père de famille n'aura fait porter ses dispositions nouvelles que sur les biens qui se trouvaient en sa possession au jour de son décès.

968. Estimation des biens donnés d'après leur valeur au temps du décès.

969. Conséquences quant aux améliorations et aux détériorations.

970. Si la réduction absorbe la donation tout entière, doit-on faire alors l'application de l'art. 555 du Code Napoléon?

971. *Quid* si la chose donnée a péri sans la faute, ou par la faute du donataire?

972. *Quid* des améliorations ou détériorations survenues depuis le décès?

973. *Quid* si le donataire a été exproprié pour cause d'utilité publique?

974. Estimation du mobilier à des époques différentes, selon que le donataire vient ou ne vient pas à la succession.

975. De l'estimation d'un usufruit donné et sujet à réunion fictive.

976. *Quid* si les parties ne sont pas d'accord sur la valeur des meubles et des immeubles?

977. L'estimation du père de famille ne saurait altérer la légitime.

978. L'art. 922, en déterminant la quotité disponible, l'a déterminée aussi bien en faveur de l'étranger donataire ou légataire qu'en faveur des réservataires. — Exemples.

979. Mais, si des avancements d'hoirie ont été faits à quelques-uns des enfants, et si la quotité disponible a été léguée à un autre enfant, celui-ci pourra-t-il exiger le rapport des donataires d'avancements d'hoirie?

980. Il ne poura, dans ce cas, exiger le rapport réel de ces biens;

981. Mais il aura le droit d'en demander la réunion fictive à la masse.

982. Hésitations sur ce dernier point.

983. Cette réunion fictive est, cependant, le seul moyen d'arriver à un résultat complet.

984. Elle est, d'ailleurs, conforme à la volonté du testateur.

985. Arrêts qui ont fait triompher cette solution.

986. Réfutation de la jurisprudence contraire.

987. Suite.

988. Dans le cas où les dons en avancement d'hoirie excèdent la portion disponible, ces dons s'imputent encore sur la réserve;

989. A moins que l'enfant donataire ne vienne à décéder avant le donateur. — Arrêt de la chambre des requêtes.

990. Si le légataire de la quotité disponible est un étranger, pourra-t-il exiger des enfants l'imputation sur la réserve des avancements d'hoirie? — Opinion de Lebrun sur cette question.

991. *Quid* de l'enfant donataire qui renonce?

992. Solution donnée à cette question par la cour de cassation.

COMMENTAIRE.

943. La quotité dont il est permis à une personne de disposer est toujours corrélative à la somme des biens qu'il laisse à son décès. C'est donc au moment du décès qu'il faut se reporter pour calculer la somme de sa fortune et l'importance de la portion disponible. Le mouvement de la richesse d'un père de famille peut être fort changeant. Il a pu passer de la pauvreté à l'opulence ou de l'opulence à une position médiocre. Mais ces variations s'arrêtent au jour suprême où il cesse de vivre. D'après la maxime *le mort saisit le vif*, ses héritiers appréhendent ses biens dans l'étendue qu'il leur avait donnée pendant sa vie, profitant des augmentations dues à son industrie ou à ses épargnes, supportant les pertes, les dettes, les ventes, les dissipations même, qui ont eu lieu pendant qu'il était investi de son droit de propriétaire. Le droit de propriété a pour conséquence le droit d'user ou d'abuser. Tant mieux pour les héritiers si leur auteur a usé en père de famille diligent ; tant pis pour eux s'il s'est appauvri par une mauvaise gestion. Tous les actes de commerce qu'il a faits avec les tiers, les ventes, les hypothèques, les dettes, etc., tiennent à l'égard de ses héritiers qui le continuent (1). Le repos des familles et la sûreté du crédit sont à cette condition.

944. Il faut, cependant, excepter ses libéralités. Si les libéralités devaient être respectées à l'égal des aliénations à titre onéreux, rien ne serait plus facile que d'échapper aux sages dispositions de la loi sur la réserve. Les libéralités sont donc un élément qui doit être ajouté à la masse des biens extants, pour calculer la réserve et, par suite, la portion disponible. Les donations sont toujours censées faites, sauf la

(1) Furgole sur l'art. 34 de l'ord. de 1731.

réserve. Sans cela, elles seraient inofficieuses et l'on ne suppose pas que le disposant ait eu des pensées de spoliation à l'égard des siens.

Voilà donc l'idée fondamentale en cette matière : masse de tous les biens existants, réunion fictive de tous les biens donnés.

945. Nous disons, avec l'art. 922, que cette réunion est fictive. La raison en est simple. Le donataire a un titre qui doit être respecté tant qu'il n'est pas prouvé que le donateur a excédé son droit. Lors même que la donation serait exagérée, elle est simplement réductible : elle demeure intacte pour le surplus, et le donataire reste propriétaire incommutable. Ce n'est donc que fictivement que la réunion se fait. On ne dessaisit pas le donataire ; on ne fait pas réellement rentrer l'immeuble dans la masse en effaçant le droit du donataire. Il n'y aura lieu de recourir à cette extrémité que si, par un événement qu'on ignore encore, la donation tout entière est atteinte d'inofficiosité.

946. Avant d'aller plus loin, il faut que nous fassions une remarque. Si notre article était pris à la lettre, on pourrait croire qu'on ne doit déduire les dettes, que lorsqu'on a fait la réunion fictive des biens donnés aux biens extants. Mais ce serait une erreur fondamentale ; l'esprit de l'art. 922 et tout l'ensemble du Code Napoléon la condamnent. Que ferait-on, en effet, si l'on calculait les dettes sur la masse des biens extants et des biens réunis fictivement ? On ferait supporter les dettes par les biens donnés antérieurement. Mais l'art. 921 s'y oppose d'une manière invincible. Les créanciers du défunt n'ont aucune action sur les biens sortis des mains de leur débiteur avant qu'il n'eût contracté avec eux.

La vérité est donc que, pour opérer régulièrement, il faut retrancher les dettes des biens extants, parce que ce sont les seuls qui y soient obligés. Les biens donnés ne se réunissent

fictivement que lorsque la déduction des dettes a été faite.

On comprend la différence.

Voilà un actif de 100,000 fr., un passif de 180,000 fr., une donation de 50,000 fr. Réunissez l'actif et la donation, il s'ensuivra qu'il n'y aura, dans l'hérédité que 30,000 fr. de dettes, et la réserve se trouvera réduite à rien.

Au contraire, commencez par déduire les dettes de 100,000 fr. qu'arrivera-t-il? C'est que le déficit de 80,000 fr. restera à la charge des créanciers et ce sera tant pis pour eux, puisqu'ils ont dû savoir quelles étaient les forces du gage de leur débiteur, et que les 50,000 fr. donnés, sortis de ses mains, avant qu'ils ne devinssent créanciers, n'ont jamais pu leur apparaître comme garantie.

Puis on fera la réunion fictive des 50,000 fr. donnés, sur lesquels les créanciers n'ont pas de droit. La réserve se calculera et se prendra sur ces 50,000 fr. ; si les enfants n'ont pas pris une qualité compromettante, les créanciers ne pourront les inquiéter (1).

Tel est, du reste, le sentiment universel (2).

947. Ceci entendu, arrivons aux détails qui mettent notre article en lumière.

La masse ne se compose pas seulement des immeubles : elle comprend toutes les valeurs quelconques, mobilières ou immobilières, les créances, l'argent prêté à des tiers ou même aux cohéritiers qui en doivent faire le rapport (3), comme aussi l'achalandage d'une maison de commerce, un office, en

(1) Voy. là-dessus le comm. de l'art. 921.

(2) Grenier, n° 612. Merlin, Répert., v° *Réserve*, 3, 1, 6. Touiller, 5 144. Zachariæ, t. V, p. 152. M. Duranton, t. VIII, n° 343 M. Dalloz, t, V, p. 448. M. Lescot, t. II, n° 469, n° 27. Metz, 13 juillet 1833 (Devill., 35, 2, 317).

(3) Paris, 27 juillet 1850 (4e ch., *Gazette des Tribunaux*, 2 et 3 septembre 1850).

un mot tout ce qui est émolument, tout ce qui constitue un actif. Il ne faut pas même excepter les biens soumis à une éviction éventuelle, quand, par l'éloignement de cette éviction, ils représentent, dans la succession, une valeur active quelconque. Il n'en serait autrement qu'autant que la chose devrait échapper sur-le-champ à la succession : car cette circonstance lui ôterait toute valeur. En un mot, rien ne doit être omis de ce qui ajoute à l'importance de la succession (1).

948. Comme on n'opère que sur la masse utile des biens, ou, comme dit Ulpien, *ex eo quod refici ex hæreditate potest* (2), les créances mauvaises sont rejetées (3). Celles qui sont douteuses sont ordinairement mises en dehors et réservées, sauf à en régler la répartition, en cas de recouvrement ultérieur inespéré (4). Toutefois le donataire menacé de réduction pourrait exiger que ces créances fussent comptées en donnant caution du payement (5), engagement qu'il ne prendra, évidemment, qu'autant qu'à ses yeux la créance serait meilleure qu'on ne le pense.

949. Mais un cas singulier se présente, lorsque le débiteur insolvable reçoit sa libération de la part du disposant. Ce débiteur est censé solvable en ce qui le concerne, puisqu'il est censé se faire à lui-même son payement. *Quod ad se attinet, dives est,* dit Ulpien (6). Il semble donc que cette créance doit entrer dans la masse, et c'est ce que décide expressément le jurisconsulte Paul, dans la loi 22, § 3, D., *Ad leg. falcid.* : « *Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo* » *non sit, totum legatum computetur.* »

(1) Pothier (*Ad Pand.*), *Ad legem falcidiam,* t. II, p. 504, no 20.
(2) L. 82, D., *Ad leg. falcid.*
(3) Paul, l. 63, § 1, D., *Ad leg. falcid.*
(4) Domat, 2. 4, 3, 1, n° 13, Caïus, l, 73, § 1, D., *Ad leg. falcid.* M. Bayle-Mouillard, t. IV, n° 630.
(5) Duranton, t. VIII, n° 332.
(6) L. 82, D., *Ad leg. falcid.*

Par exemple :

90,000 fr. de biens extants ;

10,000 fr. dus par Pierre, insolvable, mais gratifié d'une libération ;

40,000 fr. de legs.

Le père laisse un fils : sa légitime est de 50,000 fr. ; car la masse est de 100,000 fr., y compris les 10,000 fr. légués à Pierre par forme de libération. Le fils prendra ces 50,000 fr. et le restant servira à payer les legs en entier. Si l'on rejetait les 10,000 fr., parce que Pierre est insolvable, on calculerait sur de fausses bases, et l'on arriverait à un résultat inexact ; on oublierait que Pierre n'est pas seulement un débiteur, qu'il est aussi un légataire ; on diminuerait la légitime, qui ne serait plus que de 45,000 au lieu de 50,000 fr.

Il faut donc décider, avec Paul, que le legs de libération a pour effet de faire entrer en ligne de compte la créance due par le débiteur insolvable (1).

950. Mais ceci devient d'une application assez délicate, lorsque la libération acquise excède les forces de la portion disponible.

Par exemple :

Le défunt laisse en nature 40,000 fr., toutes dettes payées. Il croyait avoir une fortune beaucoup plus considérable ; mais ses biens ont perdu beaucoup de leur valeur par les crises politiques. Ils valaient jadis 150,000 fr., la dépréciation des terres, des actions, etc., etc., les a réduits à 40,000 fr. ci. . . . . 40,000 fr.

Créance due par Pierre, insolvable, et à lui léguée. . . . . 20,000 fr.

Autre legs. . . . . 20,000 fr.

(1) M. Delvincourt, t. II, p. 67, note, 1. M. Duranton, t. VIII, n° 332. M. Bayle-Mouillard, t. IV, n° 602, note.

Le disposant laisse un enfant son unique héritier.

En comptant les 20,000 fr. donnés à Pierre par forme de libération, la masse totale s'élève à 60,000 fr.; la réserve est donc de 30,000 fr., et la somme des legs, s'élevant à 40,000 fr., excède le disponible de 10,000 fr.

Il faut les réduire et retrancher 5,000 fr. sur le legs de Pierre, et 5,000 fr. sur l'autre legs. La libération ne vaudra donc que pour 15,000 fr.

Mais si elle ne vaut que pour 15,000 fr., comme Pierre est insolvable, comme il est dans l'impossibilité de payer les 5,000 fr. restants, et que c'est là une valeur perdue, il faudra donc les retrancher de la masse, par le principe que cette masse ne doit se composer que de ce qui est utile : « *Ex eo* » *quod refici ex hæreditate potest.* » La masse sera donc de 55,000 fr., et non pas de 60,000 fr., et la réserve descendra à 27,500 fr., au lieu d'être de 30,000 fr. (1).

On pourra peut-être s'étonner de ce que, d'après ce qui vient d'être dit, on reforme deux fois la masse. Mais cette anomalie est impossible à éviter : elle provient de la position singulière du débiteur, qui n'est censé solvable que jusqu'à concurrence de ce qu'il compense, et qui reste insolvable pour ce qu'il ne compense pas. Force est donc de faire varier la solution suivant l'importance de ce qu'éteint la compensation.

C'est, au reste, le procédé d'Ulpien dans le texte que voici, et qui, malgré quelques différences d'espèce, est un guide assuré pour notre difficulté (2).

Une personne, qui avait pour tout bien une créance de 4,000 fr., lègue à son débiteur sa libération, et à Seïus

(1) M. Delvincourt, *loc. cit.* M. Bayle-Monillard, *loc., cit.* M. Lescot, t. II, n° 462.

(2) L. 82, D., *Ad leg. falcid.*

4,000 fr.; on demande ce que l'un et l'autre devront avoir, en vertu de la loi falcidie? Posons deux cas : Ou le débiteur est insolvable, ou il ne peut payer que, par exemple, 1,000 fr. Voici ma solution : En principe, l'application de la falcidie se fait sur la masse utile des biens ; on en donne le quart à l'héritier, les trois quarts restants se partagent entre les légataires. C'est porquoi, lorsqu'il y a, dans l'hérédité, un débiteur qui n'est pas tout à fait solvable, on fait la distribution au prorata de ce qui a été recouvré ; on vend le reste et l'on compte le produit de la vente dans la masse des biens. Mais lorsque le testateur a légué à un débiteur ce qu'il doit, alors ce débiteur est censé solvable par rapport à lui-même, « *ipse sibi solvendo videtur, et quod ad se attinet, dives est* (1), » et, dans notre espèce, il sera censé avoir profité de 4,000 fr., quoiqu'il ne puisse rien payer. C'est pourquoi, par la loi falcidie, on lui retranchera le quart de son legs, c'est-à-dire 1,000 fr.; il sera libéré pour 3,000 fr. Mais les 1,000 francs formant la quarte falcidienne seront encore censés dus par lui.

De ces principes il résulté que l'effet de la libération léguée est en suspens : car si, au moment de la mort, on trouve les 4,000 fr. entiers dans les biens de la succession, la libération ne vaudra que pour 3,000 fr. à cause de la rétention de la quarte. Si, au contraire, on trouve dans les biens de quoi faire une quarte à l'héritier, la libération vaudra pour 4,000 fr.

Que si le débiteur de 4,000 fr. ne peut en payer que 1,000, comme il est censé solvable pour lui, il devra payer 1,000 fr. à la succession. Quant aux autres 3,000 fr., il sera censé les avoir payés à lui-même; d'où il suit que si, y ayant une héritier institué, le testateur lègue à son débiteur la libération de 4,000 fr., et à Seïus aussi 4,000 fr., il arrivera ceci : Le

(1) L. 82, D., *Ad leg. falcid.*

débiteur est-il solvable? il gardera 1,500 fr. pour lui; il donnera 1,500 fr. au légataire Séïus, et payera 1,000 fr. a l'héritier. Ou bien ne peut-il payer que 1,000 fr.? il faudra faire (notez bien ceci) une quarte à l'héritier de ce qu'on pourra retirer de la dette, *hæredi ex refecto quarta servanda est*. Par là, les 1,000 fr. se diviseront en quatre parties : trois pour les légataires et une pour l'héritier. Le débiteur compensera avec lui-même 1,500 fr.; les autres 1,500 fr., qui ne peuvent être payés, seront vendus et seront censés avoir, seuls, composé les biens. Que si le débiteur ne peut rien payer du tout sur les 4,000 fr., il sera libéré pour 1,500 fr. et l'on vendra le reste ce qu'on pourra, c'est-à-dire rien.

Il suit donc de là que la masse ne s'augmente que pour mémoire de ce que le débiteur ne peut payer en sus de la compensation; que c'est un zéro à porter en compte, et que, par conséquent, la légitime n'a pas à profiter de ce chiffre insignifiant, qui n'a de réalité qu'à la surface, qui n'en a pas dans le fond.

951. Les créances soumises à une condition, au moment du décès, ont dans la masse une place incontestable. On pourvoit à l'éventualité, soit en vendant la créance (1), soit par l'interposition de cautions (2).

952. D'après l'art. 747 du Code Napoléon, l'ascendant, qui a donné un bien à un de ses descendants, peut reprendre ce bien, lorsque le descendant est mort sans postérité, et que la chose se retrouve en nature; que si elle a été aliénée, l'ascendant recueille le prix qui peut être dû, ou l'action en reprise.

On demande si la chose, ainsi frappée d'un droit de retour, doit-être comprise dans la masse de la succession du fils

(1) Caïus, l. 73, § 1, D., *Ad leg. falcid.*
(2) Id.

prédécédé, ou bien si elle ne remonte pas vers sa source, sans se confondre dans la succession.

Il faut distinguer deux cas :

Ou l'ascendant donateur n'est pas réservataire, et alors la chose donnée se détache de la masse, et la réserve se calcule sur les autres biens, non compris celui-là (1).

Ou bien il est réservataire, et alors les auteurs se divisent sur notre question. Pour la faire mieux comprendre, posons une hypothèse :

Pierre décède en laissant 100,000 fr.

Il laisse son père et sa mère; son père lui a donné 50,000 fr. Comment procédera-t-on au règlement de la réserve ? Le père commencera-t-il par prélever les 50,000 fr. par lui donnés, et puis viendra-t-il prendre sa réserve sur les 50,000 fr. restants?

Ou bien faudra-t-il faire une confusion de tous les biens sans distinction d'origine et calculer sa réserve sur cette masse qui, dans l'espèce, serait de 100,000 fr.

Le premier parti est le seul que l'on puisse adopter. Le père succède à l'objet donné par une vocation toute spéciale et toute personnelle, et par exclusion à tous autres. Ce n'est pas une succession ordinaire, c'est une succession anormale; le père reprend la chose par une réversion qui n'a rien de commun avec le titre en vertu duquel il se porte ensuite héritier. Il ne doit donc pas imputer ce qu'il retire ainsi sur sa part héréditaire dans la succession de son enfant; sans quoi, il arriverait qu'il serait rempli de sa réserve, dans cette succession, par une chose qui lui appartient en vertu d'un droit particulier, distinct (2).

(1) M. Chabot sur 747, n° 17. M. Duranton, t. VI, no 229. M. Dalloz, t. XII, p. 292, n° 12. M. Coin-Delisle sur 922, no 4. M. Lescot, t. II, n° 457.

(2) M. Grenier, t. IV, no 598. M. Bayle-Mouillard, note. M. Coin-Delisle sur 922, nos 6 et 8. M. Lescot, t. II, n° 458. *Contra*, Delvincourt, t. II, p. 19, no 3. M. Duranton, t. VI, no 228.

953. Ce que nous venons de dire du père, nous l'étendons au cas où un adoptant reprend, dans la succession de l'adopté ou de ses descendants morts sans postérité, les choses qu'il avait données (1), ou bien au cas où les enfants de l'adoptant reprennent, dans la succession de l'adopté décédé sans enfants, les choses données par l'adoptant (2).

954. Les fruits pendants par racines sont une portion de la chose et la rendent plus précieuse (3); ils se réunissent à la masse. Quant aux fruits échus depuis, ils appartiennent à l'héritier; ce n'est pas un élément de l'hérédité au jour du décès.

955. Quand on a formé la totalité de la masse des biens extants, sans rien oublier de ce qui a une valeur appréciable, on en fait l'estimation au jour du décès (4). Cette estimation doit être sérieuse, sincère, réelle. Si ce sont des rentes sur l'État, des actions négociables en bourse, on prend le cours au moment du décès (5).

L'estimation ne saurait être celle d'un prix d'affection : on doit donner aux choses la valeur réelle qu'elles ont pour tout le monde (6).

956. La masse active étant formée, on met en regard les dettes qui la diminuent et forment la masse passive. Nous ne passerons pas en revue les causes de dettes qui peuvent affecter une succession; nous nous en rapporterons là-dessus aux notions générales.

(1) Art. 351, 352, C. Nap.

(2) Art. 351.

(3) L, 9, D., *Ad leg. falcid.* L. 44, D., *De rei vindicat.* Voët (*Ad Pand.*), *Ad leg. falcid.*, n° 27.

(4) Voët. *Ad leg. falcid.*, n° 26 : « *Mortis tempore spectatur.* » Voy. l. 75, D., *Ad leg. falcid.*, et Justinien, Instit., *Ad leg. falcid.*, § 2. L. 6, C., *De inoff. test.*

(5) Bordeaux, 12 mars 1834 (Dalloz, 34, 2, 185). Aix, 30 avril 1833 (Dalloz, 39, 2, 228; Devill., 33, 1, 542).

(6) Voët, *loc. cit.*

Nous nous bornerons à une seule observation.

957. Nous avons dit plusieurs fois que la réserve des enfants naturels est une dette du père qui les a reconnus. Mais cette dette, quoique naturelle et sacrée, ne peut préjudicier aux droits des créanciers conventionnels du défunt (1); car le défunt avait la libre disposition de ses biens pour les actes de commerce, et si ses enfants légitimes sont primés par les créanciers de bonne foi, combien, à plus forte raison, des enfants nés hors du mariage ? La réserve des enfants naturels n'est donc payable que *deducto œre alieno et funeris impensa;* elle ne peut se prendre que sur le patrimoine du défunt débarrassé de son passif. On peut dire qu'à l'égard des créanciers, l'enfant naturel est presque un débiteur, puisqu'il ne peut rien prélever que sur les biens ; c'est seulement à l'égard des autres enfants et des héritiers institués qu'il est en quelque sorte créancier pour sa quarte.

958. Les dettes déduites, il reste à rapporter fictivement à la masse les donations émanées du défunt.

Aucune donation ne saurait être exceptée.

Ainsi on rapporte les dots constituées par le défunt. Ce point avait été controversé jadis, et l'on pouvait dire, contre la réunion fictive, que les biens constitués en dot sont moins donnés à titre lucratif qu'à titre onéreux, puisqu'ils ont pour objet de soutenir les charges du mariage. Mais cette raison n'est pas solide. La constitution de dot est, à l'égard de celle qui la reçoit, une libéralité véritable, un avancement d'hoirie sujet à rapport. Le mari ne la prend que sous cette condition implicite ; il a su que si elle était excessive par l'événement, il serait exposé à une réduction nécessaire pour le maintien de l'égalité entre enfants (2).

959. Les donations mutuelles ne sont pas non plus excep-

(1) *Supra*, no 943.

(2) L. *Unic.*, C., *De inoff. donat.* Ricard, n° 1075.

tées de la réunion fictive (1). Ce sont de véritables donations, et quoiqu'à cause de la réciprocité on ait essayé de les rejeter dans la classe des contrats *do ut des* (2), il est certain que, depuis l'ordonnance de 1731 (3), elles sont traitées dans le droit de vraies libéralités, et c'est ce qui résulte formellement de l'art. 960 du Code Napoléon. Est-ce que ce n'est pas le caractère de libéralité qui y domine ? Est-ce que vouloir en faire une spéculation, un calcul d'intérêt, comme s'il s'agissait d'une vente, d'un échange, ce ne serait pas fausser leur caractère et leur enlever ce qu'elles ont d'honorable ?

960. Quant aux donations rémunératoires, elles ne sont exceptées de la réduction qu'autant qu'elles ont véritablement le caractère de payement de services appréciables, et qu'il y a à peu près égalité entre l'office rendu et la récompense. Mais il n'en est pas de même, soit lorsque la rémunération excède la dette, soit lorsque les services ne sont pas de ceux qui sont susceptibles d'être payés; car alors il y a donation soit pour l'excédant, soit pour le tout. Du reste, on aperçoit que cette question dépend beaucoup des circonstances, et pour préciser davantage les idées il faudra recourir à ce que nous dirons *infra* sur le commentaire de l'art. 931.

961. On rencontre assez fréquemment des difficultés pour caractériser les rapports d'affaires qu'un père a eus avec un de ses enfants, dans le commerce duquel il a mis des fonds.

Souvent, c'est de l'argent que le père a voulu placer à intérêt, pour son propre avantage, dans la maison de son fils.

(1) Voy. mon rapport à la cour de cassat. (Devill., 43, 1, 118) et l'arrêt de la chambre des requêtes du 2 janvier 1843 qui suit.

(2) Tiraqueau, cité *loc. cit.*

(3) Art. 39.

Quand il en est ainsi, le fils n'est pas donataire ; il est emprunteur et débiteur (1).

Souvent aussi, c'est un don que le père a voulu faire à son fils, pour l'aider dans ses premières opérations, par un avancement d'hoirie : alors l'enfant doit être traité comme donataire (2).

On voit à quelles nuances, assez douteuses en fait, il faut avoir égard pour décider de telles questions. Les circonstances de la cause, les papiers de famille, les écritures du père, etc., doivent être consultés avec soin, pour ne pas confondre des situations très-différentes, et dont les suites sont si opposées.

962. Cette distinction acquiert surtout une grande importance dans le cas où l'enfant a fait faillite et où ses créanciers lui ont passé un concordat. Doit-il rapporter à la succession la créance telle qu'elle a été réduite par le concordat? ou bien doit-il la rapporter en totalité?

Si le fils n'est qu'un emprunteur, il ne doit à la succession que la créance réduite. Le père est soumis à loi commune des autres créanciers, loi d'après laquelle le fils est libéré pour le surplus (art. 518, C. de comm.) (3). Or, après la mort du père, les autres fils ses héritiers sont liés par le contrat : il n'y a dans la succession que le dividende, tout comme si le prêt eût été fait à un étranger. La condition du débiteur ne saurait changer parce qu'il est enfant. Débiteur, il se présente avec le bénéfice d'un concordat qui règle ce qu'il doit.

963. Il en est autrement, si c'est un don qui est fait à l'enfant : la faillite et le concordat ne l'empêchent pas de

(1) Cassat., 22 août 1843 (Devill., 44, 1, 187). Voy. le rapport remarquable de M. Lasagni.

(2) Paris, 21 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 80). 13 avril 1839 (Devill., 39, 2, 531).

(3) Arrêt précité de la cour de cassat.

rapporter à la succession tout ce qu'il a reçu (1). Qu'est-ce que le concordat? Une transaction entre les créanciers et le débiteur. Le donataire ne saurait donc s'en prévaloir à l'égard de ses cohéritiers, qui n'y ont pas été parties, ni par eux ni par leur auteur (2). Les intérêts des tiers créanciers sont tout à fait distincts des règlements qui dominent le partage des successions. Ici c'est l'égalité entre enfants qui l'emporte et que l'on doit faire prévaloir.

964. C'est un point incontesté en jurisprudence, que les biens donnés en avancement d'hoirie doivent être réunis fictivement à la masse de la succession du donateur, pour fixer l'étendue de la quotité disponible.

Mais ne doit-il pas en être autrement quand il s'agit d'un partage anticipé, fait par le père entre ses enfants? Ce partage n'est-il pas quelque chose de définitif qui règle la succession de telle sorte que, s'il existe, au décès du disposant, d'autres biens dont il faut faire le partage, cette seconde succession, reste étrangère à l'autre et ne se compose plus que des seuls biens non partagés? L'article 1077 ne rend-il pas inapplicable l'article 922?

Des raisons considérables existent pour l'affirmative. Elles ont frappé la cour de Dijon (3). Les partages d'ascendants ne sont pas de simples avancements d'hoirie. Il faut voir en eux une mesure définitive prise par le père de famille, avec la connaissance et l'appréciation des convenances, pour faire régner l'union entre les enfants, et pour consolider entre leurs mains les biens donnés. De grands intérêts sociaux sont attachés à ces arrangements domes-

(1) Paris, 11 janvier 1843, aff. *Giraud*, inédit. M. Esnault, *Des faillites*, t. II, p. 631. Zachariæ, t. III, p. 155, 156. M. Paul Pont, *Revue Législat.*, t. XIX, p. 610 et suiv. *Infra*, nos 969, 979, 989.

(2) Paris, 21 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 80).

(3) 11 mai 1844 (Devill., 44, 2, 671).

tiques. La propriété a plus de fixité; le commerce et l'agriculture en profitent. Que deviendraient tous ces avantages, s'il fallait recommencer l'opération du partage, rapporter à la succession des biens déjà partagés, remanier ce que le père de famille a fait sagement dans l'intérêt de tous? L'article 1077 tranche la question; il ne soumet au partage que les biens non partagés. Il considère donc les autres comme définitivement acquis.

A ce système on répond (1) : Il faut que, jusqu'à sa dernière heure, le père soit arbitre de la portion disponible. Il faut que jusqu'à sa dernière heure il puisse récompenser celui de ses enfants qui l'a environné de soins et d'affection, tandis que les autres l'auront abandonné, croyant n'avoir rien à attendre de lui. Les partages d'ascendants ne sont pas plus empreints d'irrévocabilité que les donations proprement dites. Or, l'on rapporte celles-ci. C'est donc une nécessité de rapporter les autres d'après l'art. 1076.

Où en serait-on, d'ailleurs, si l'on admettait le système contraire? Les pères de famille se garderaient de recourir à des libéralités qui rendraient illusoire le droit de tester, et les dépouilleraient d'une prérogative qui intéresse à un si haut degré la puissance paternelle et l'ordre public.

Tels sont les deux ordres d'idées qui se présentent sur ce sujet. Je préfère de beaucoup le premier. Je le considère comme plus d'accord avec l'esprit des partages d'ascendant, et avec le repos des familles. D'ailleurs, l'article 1077 vient joindre l'autorité du texte à l'autorité de la raison (2).

(1) Voy. la *Consultation* de M. Paul Fabre (Devill., 41, 1, 225). Agen, 11 août 1842 (Devill,, 42, 2, 353).

(2) *Infra*, n° 2316. — La cour de cassation s'était d'abord prononcée en ce sens par arrêt du 4 février 1845 (*J. Pal.* 1845, t. 2, p. 396). V. aussi MM. Coin-Delisle, *Revue critiq.*, t. 7, p. 16 et suiv.; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 3, p. 140, note 3. Mais la chambre des requêtes a pris parti pour

Que veut un père de famille, quand, usant de sa magistrature domestique, il fait un partage entre ses enfants? Son but est de prévenir les difficultés d'un partage à faire, par un partage émané de son autorité; c'est d'être l'arbitre de ses enfants, le juge des convenances de chacun, l'appréciateur de leurs intérêts respectifs. On renverse donc sa pensée dominante, quand, laissant à l'écart l'œuvre de sa prévoyance, on se jette dans les opérations d'un partage ultérieur traité sur les bases du droit commun. Le partage anticipé lie tellement les enfants, qu'ils ne peuvent l'attaquer qu'autant qu'il y aurait lésion : ce qui indique d'une manière bien frappante qu'ils possèdent les biens qui en sont l'objet comme s'ils les eussent acquis à titre onéreux.

D'un autre côté, le père de famille n'est pas moins lié que les enfants, et il ne saurait défaire, par repentir, ce qu'il a fait en connnaissance de cause. La loi ne prévoit pas ce repentir : elle ne l'admet pas. Elle suppose que le père a ag après de mûres délibérations, qu'il a porté sur chacun de ses enfants son jugement suprême, qu'il a déposé dans ce dernier acte d'autorité ses résolutions définitives. Si l'égalité a servi de base à son partage, l'égalité doit subsister jusqu'au bout en ce qui concerne les biens distribués. Le père de famille ne peut revenir sur sa détermination, et établir, après coup, des préférences imprévues. Il fallait qu'il insérât l'avantage dans l'acte même (1), sans quoi le partage n'aurait rien de fixe; il serait livré à sa merci, et il n'y aurait pas de

le second ordre d'idées par arrêt du 13 février 1860 (*J. Pal.* 1860, p. 679; Devill., 60, 1, 552; Dalloz, 60, 1, 169). *Junge*, Colmar, 24 décembre 1852; Rouen, 25 avril 1853; Paris, 12 janvier 1854. (*J. Pal.* 1854, t. 1, p. 408); Douai, 12 fév, 1857. (*J. Pal.* 1858, p. 60). V. aussi MM. Genty, *Part. d'asc.*, 241 et suiv.; Aubry et Rau, t. 5, p, 564, note 8. Colmet-de-Santerre, cont. de Demante, t. 4, n° 245 *bis* II; Beautemps-Beaupré, *Port. disp.*, t. 2, n° 92.

(1) Art. 1076.

différence entre un avancement d'hoirie et un partage d'ascendant; il faudrait ne mettre aucune nuance entre un pacte de famille consommé entre tous les enfants et portant sur tous les biens, et une libéralité faite à l'un des enfants individuellement sans dessaisissement intégral et absolu et avec une pensée de rapport.

Nous disons donc que tout est réglé par le partage d'ascendant. C'est une loi domestique irrévocable. Si, après ce partage, il survient d'autres biens, ils sont partagés soit *ab intestat*, soit conformément aux nouvelles dispositions du père de famille, comme si les biens partagés par le partage anticipé n'existaient plus. Ils n'existent plus, en effet, dans la succession du défunt. Il les avait aliénés irrévocablement; ils sont hors du patrimoine qu'il laisse à partager.

965. Il n'en serait autrement qu'autant que le disposant aurait, dès l'origine et dans l'acte même de partage, manifesté l'intention de se réserver le droit de faire ultérieurement une disposition par préciput sur les biens par lui distribués et partagés. Il existe des exemples de pareilles réserves, et elles doivent sortir à effet (1).

Si donc le disposant use de cette faculté, il faudra nécessairement faire la réunion fictive à la masse des biens partagés, afin de s'assurer s'il y a lieu à réduction (2).

966. Mais lorsque le disposant n'a pas fait de telles et si exorbitantes réserves, on ne saurait les sous-entendre. Le partage est définitif, et un legs par préciput et hors part, fait ultérieurement, ne pourrait porter que sur les biens non compris dans ce partage, sans qu'on puisse exiger le rapport des biens primitivement partagés.

(1) C'est l'espèce d'un arrêt de la cour de cassat., req., du 13 décembre 1843, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'Agen cité au n° précédent (Devill., 44, 1; 226).

(2) Id.

967. A plus forte raison, doit-il en être ainsi, alors que l'intention du père de famille paraît avoir été de laisser son premier partage intact et de ne faire porter ses nouvelles dispositions que sur les biens qui se trouvaient en sa possession au moment de son décès (1). Évidemment alors le préciput qu'il a donné ne peut être pris que sur ces mêmes biens, et il n'y a aucun rapport fictif à faire de ceux dont il s'était irrévocablement dépouillé (2).

968. Lorsqu'on a dressé un état exact de toutes les donations qui doivent être réunies fictivement à la masse, il faut voir pour quelle valeur elles doivent figurer à l'actif. Notre article donne une règle sage et sûre; l'évaluation doit se faire d'après l'état des biens donnés au moment de la donation, et d'après leur valeur au temps du décès du donateur.

Deux raisons ont servi de guide au législateur dans cette disposition. La première, fondée sur les lois 6 et 30 au C. *De inoff. test.*, est que, pour considérer si le père a fait tort aux enfants, il faut que la succession soit ouverte par son décès; car c'est alors qu'elle leur est due : « *Cum quæritur,* » dit la première, *an filii de inofficioso testamento possint di-* » *cere, si quartam bonorum partem, mortis tempore, testator* » *reliquit, inspicitur* ».

La seconde, que lorsqu'on vient à reconnaître qu'il y a eu inofficiosité de la part du disposant, on doit supposer que les biens par lui donnés ne sont jamais sortis de son patrimoine, et qu'ils sont restés en son pouvoir dans l'état où ils étaient alors jusqu'au moment de son décès (3).

969. Il suit de ces principes et de la règle posée en l'art. 922 plusieurs conséquences importantes. La première, que la chose se prend et s'estime avec les augmentations ou

(1) Cassat., rejet 19 juillet 1836 (Devill., 36, 1, 590).
(2) Id.
(3) Grenier, t. IV, n° 636.

les détériorations naturelles qu'elle a reçues et qui profitent ou nuisent à l'héritier.

La seconde, que si le donataire a commis des dégradations, il en doit compte à l'héritier demandeur en réduction, d'après l'estimation au moment du décès du donateur (1).

La troisième, que si le donataire a fait des améliorations, l'héritage ne doit être compris dans la masse que pour la valeur qu'il aurait sans ces améliorations (2).

970. Quand l'action atteint la donation tout entière et que le réservataire s'empare de la totalité de la chose pour former sa réserve, on a prétendu appliquer au donataire le principe de l'art. 555 du Code Napoléon, et voici comment on a raisonné (3) :

« Par son titre, le donataire était soumis à une réduc-
» tion éventuelle. Il doit être assimilé à celui qui a fait
» des améliorations sur le fonds d'autrui, et c'est le cas de
» suivre l'art. 555 du Code Napoléon. En conséquence, le
» réduisant propriétaire du fonds a droit, ou d'obliger le
» donataire qui a fait des améliorations à les enlever, ou
» de les retenir; si le réduisant demande la suppression
» des ouvrages, elle se fait aux frais du donataire, sans
» indemnité pour lui (art. 555, § 2). Si le réduisant pré-
» fère conserver les ouvrages, il doit le remboursement de
» la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre,
» sans égard à la plus ou moins grande augmentation de
» la valeur que le fonds a pu recevoir, etc. »

Cette solution n'est pas admissible (4). Le donataire avait un juste titre : il était de bonne foi; il pouvait se croire propriétaire incommutable, et il s'est cru tel jus-

(1) Pothier *sur Orléans*, t. XVII, *Introd.*, n° 91.
(2) Pothier, *loc. cit.*
(3) M. Levasseur, *Portion disponible*, n° 79.
(4) Toullier, t. V, p. 151, *ad notam*.

qu'au moment où l'ouverture de la succession est venue lui faire connaître l'excès de la libéralité dont il était l'objet, et les prétentions des réservataires à la faire réduire. Enfin, il a fait les fruits siens à cause de son titre et de sa bonne foi. Dans ce concours de circonstances, on doit l'assimiler au tiers évincé dont parle l'art. 555 dans le paragraphe final, et on ne peut l'obliger à l'enlèvement des ouvrages. Il a droit d'être indemnisé de ce dont la valeur de la chose se trouve augmentée au temps du décès (1).

971. Si la chose a péri sans la faute du donataire, il est entièrement déchargé (2).

Il n'en est pas de même si la chose a péri par sa faute. Nous examinerons ce cas dans le commentaire de l'article 923 (3).

972. Quand les améliorations ou détériorations ont lieu depuis le décès, on suit les mêmes règles. L'héritier profite ou souffre des accidents naturels : le donataire est responsable de ses propres dégradations, comme il a droit à être indemnisé de ses augmentations (4).

973. Si le donataire a été exproprié pour cause d'utilité publique, on n'exige de lui que ce qu'il a reçu. On conçoit à merveille cette solution, qui a à peine besoin d'être énoncée. Le donateur n'aurait-il pas été évincé s'il eût gardé la chose?

En ce qui concerne les aliénations volontaires, le donataire qui a aliéné la chose donnée, est débiteur de la valeur de la chose suivant les règles ci-dessus.

974. L'estimation des objets mobiliers doit attirer notre attention.

(1) Voy. l'art. 861 du C. Nap. *Junge* art. 306, *Cout. d'Orléans*.
(2) Pothier, *loc. cit.*, art. 855. C. Nap.
(3) N° 969.
(4) Cassat., 12 août 1840 (Devill., 40, 1, 304).

Lors de la discussion qui eut lieu au conseil d'État, M. Tronchet proposa de distinguer les meubles des immeubles (1), d'estimer les meubles suivant leur valeur au temps de la donation d'après l'état estimatif annexé à l'acte (art. 948 Code Napoléon), comme dans le cas de rapport entre cohéritiers, et non suivant leur valeur au temps du décès (art. 868 Code Napoléon). Mais cette distinction fut rejetée par le motif qu'il y a une grande différence entre la réduction et le rapport; que le donataire a dû se croire propriétaire incommutable, au lieu que l'héritier avait dû savoir que sa donation était sujette à rapport (2).

De là une singularité : c'est que si l'héritier donataire vient à succession, les meubles qu'il rapporte en moins prenant sont prisés suivant leur valeur au temps de la donation; et s'il renonce pour s'en tenir à son don et qu'il devienne par là étranger, ces mêmes meubles ne sont prisés que suivant leur valeur au temps du décès (3).

Ce n'est pas tout, et M. Toullier a relevé une autre bizarrerie : « c'est que les meubles de la même donation peuvent » être prisés de deux manières différentes : par exemple, si » le don fait en meubles par préciput, à l'un des enfants, se » trouve excéder la portion disponible, il faudra d'abord les » priser suivant leur valeur à la mort du donateur, pour » voir s'il y a excès; et, après que l'enfant donataire aura re- » tenu sur ce taux la portion disponible, le surplus qu'il est » obligé de rapporter à la succession sera prisé suivant sa » valeur à l'époque de la donation (4) ».

Tout cela est exact; mais, en y regardant de près, on s'aperçoit bientôt qu'on fait sonner, comme des objections

(1) Fenet, t. XII, p. 349.
(2) M. Bigot, *loc. cit.*
(3) M Grenier, t. IV, n° 647.
(4) Id., t. V, n° 139.

contre la loi, ce qui n'est que la conséquence naturelle des différences existantes entre la qualité d'étranger et la qualité d'héritier. Quelle est la règle suprême en matière de réduction? C'est de savoir quelle serait la valeur de la succession si le donateur n'avait pas fait de libéralités. Or, comment serait-il possible d'avoir égard à la valeur du mobilier au jour de la donation? Est-ce que les meubles n'auraient pas perdu de leur valeur au moment du décès? Est-ce que, dans les mains du donateur, ils représenteraient, au jour de son décès, la valeur qu'ils avaient vingt ans plus tôt?

Il est vrai que, quand il s'agit de rétablir l'égalité par le rapport, on prend les meubles suivant leur valeur au jour de la donation (1). Mais il ne faut pas se préoccuper de cette disposition lorsqu'il s'agit d'un étranger qui s'est cru propriétaire, et qu'on ne doit pas traiter avec trop de rigueur; au contraire, l'héritier a su qu'il devait rendre et rapporter. Il a joui de la chose; il en a reçu un avantage anticipé qui a été une faveur. Si les meubles se sont détériorés, c'est à son service; c'est pendant qu'il en profitait. Il n'est donc pas trop rigoureux, puisqu'on est sur le terrain de l'égalité, d'exiger que le rapport se fasse sur le pied de l'état estimatif joint à la donation.

975. Disons, maintenant, un mot de l'estimation d'un usufruit donné et sujet à réunion fictive (2). Ce point a toujours fait l'objet de sérieuses difficultés (3).

Le don de moitié en usufruit est considéré, en général, comme équivalant au don du quart en pleine propriété (4).

(1) Art. 868. Pothier *sur Orléans, loc. cit.*, t. XVII, nº 90.

(2) *Supra*, nº 859.

(3) Henrys, liv. 6, p. 59, t. III, p. 926, 827. Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, nº 29. Dumoulin, *De usuris*, nºs 475, 476. Voy. les art. 612, 917.— L. 68, D., *Ad leg. falcid.*

(4) Paris, 12 janv. 1848 et 17 fév. 1848 (Devill., 48, 2, 79).

Pourtant, cette appréciation n'est pas au-dessus de certaines modifications tirées de l'âge et des circonstances (1). Il est vrai que, pour la perception des droits de mutation, l'usufruit est considéré comme valant la moitié du fonds. Mais cette règle n'est absolue qu'en ce qui concerne le fisc; dans les rapports des particuliers, elle cède aux accidents variables d'âge, de santé, etc. Si l'usufruit légué à un homme de trente ans vaut la moitié du fonds, il ne le vaut pas s'il est donné à un homme de soixante. Les tribunaux doivent donc avoir égard à ces circonstances; ils doivent tenir compte des chances aléatoires qui mettent des différences entre les cas soumis à leur appréciation. Sans doute la conversion dont nous parlons de l'usufruit en propriété a quelque chose de commode : elle évite des expertises coûteuses; elle simplifie les liquidations. Toutefois il ne faudrait pas l'appliquer aveuglément: elle n'est bonne qu'à la condition d'en user avec discernement.

976. Quand on n'est pas d'accord sur la valeur des meubles ou des immeubles, on en fait faire une estimation amiable ou judiciaire. Les parties agiront sagement en évitant, autant que possible, les évaluations par experts : il y a des cas où l'intervention des experts apporte une grande diminution dans les forces de la succession.

977. On n'a pas nécessairement égard aux estimations que le père de famille aurait faites lui-même. Souvent elles cachent des avantages déguisés. J'ai vu une foule de cas où le dispo-

(1) M. Toullier, t. V, n° 142. Proudhon, *Usufruit*, n° 364. Benech., p. 377. Devilleneuve, 7, 1. 365, 366. Duranton, t. 4, n° 632 à la note., Saintespès-Lescot, n° 370. Beautemps-Beaupré, *Port. disp.*, t. 2, n° 720. Boutry, *Essai sur les don. ent. ép.* n° 411. Aubry et Rau, t. 5, p. 569. Bonnet, t. 3, n° 1139. V. aussi Douai, 14 juin 1852 (Devill., 53, 2, 97). Toulouse, 23 novembre 1853 (Devill., 53, 2, 705). Orléans, 7 janvier 1860 (Devill., 60, 2, 225; Dalloz, 60, 2, 23).—V. cependant M. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 18.

sant exagérait la valeur des biens donnés aux filles et où, par contre, il diminuait singulièrement la valeur des choses données aux fils afin de les avantager. Il est une règle donnée par Papinien, c'est que l'estimation du père de famille ne peut pas altérer la légitime : « *Quarta, quæ per legem falci-* » *diam retinetur, æstimatione, quam fecit testator, non magis* » *minui potest, quam auferri* (1) ».

978. Il s'est élevé beaucoup de difficultés sur la question de savoir si l'art. 922 est applicable ou non au cas où il s'agit de déterminer la quotité disponible dans l'intérêt de celui qui est légataire ou donataire. Beaucoup de jurisconsultes sont d'avis que cet article n'a été fait que pour calculer la réduction dans l'intérêt des réservataires; qu'il ne doit pas être étendu hors de cette hypothèse, et que, lorsque le cas se présente d'évaluer la quotité disponible pour savoir ce que le légataire de cette quotité aura à prendre dans la succession, on ne doit pas faire le rapport fictif prescrit par l'art. 922; qu'il faut tout simplement opérer sur les biens laissés à son décès par le testateur.

Cet avis n'est pas admissible. L'art. 922 est, pour tous les cas, la véritable règle de la matière (2). En effet, le patrimoine se divisant en deux parts, l'une disponible, l'autre indisponible, la fixation de l'une sert à fixer l'autre. Ce sont deux corrélatifs qui ne peuvent avoir un mode de fixation différent. Sans cela il faudrait supposer qu'il y a deux sortes de quotité disponible, et c'est ce que la loi n'admet pas ici. La raison indique suffisamment d'ailleurs que, pour calculer ce dont le défunt a pu disposer, il faut opérer sur la masse du patrimoine comme si elle fût restée intacte. Si on omet-

(1) L. 15, § 8, D., *Ad leg. falcid.*

(2) Cassat., chambres réunies, rejet 18 juillet 1826 (Devill., 8, 1, 383. Dalloz, 26, 1, 315).

tait à dessein quelques-unes des choses qui en ont été distraites, il est certain qu'on arriverait à un résultat incomplet, puisque les bases de l'opération auraient elles-mêmes été incomplètes. Qu'on ne dise pas que le rapport des donations entre-vifs que nous exigeons est une violation de l'art. 857, qui porte que le rapport n'est pas dû au légataire. Nous ne parlons ici que d'un rapport purement fictif, qui ne donne aucune atteinte aux libéralités ; car si le donataire rapporte pour faire l'opération, il reprend aussitôt que l'opération est finie. Remarquons, enfin, que la quotité disponible est essentiellement divisible ; que le disposant peut la partager en autant de portions qu'il juge convenable, et qu'il peut la donner, même par parties, soit au moyen de donations entre-vifs, soit au moyen de legs. Si donc le disposant a donné une partie de la portion disponible par donation entre-vifs, comment reconnaîtra-t-on ce qui lui restait de disponible au moment de son décès, si on ne fait pas un rapport fictif de ce qu'il a déjà donné en diminution de la portion disponible? Tout ceci s'éclaircit par des exemples.

Supposons un individu ayant 65,000 fr. de patrimoine. Il donne 5,000 fr. à Caïus par donation entre-vifs. Bientôt il meurt, laissant trois enfants et un légataire de la quotité disponible. Si on opère d'après le système que nous combattons, on calculera la part disponible sur les 60,000 fr. restants; ce qui donnera pour le légataire 15,000 fr. Mais, comme les enfants doivent prélever pour leur réserve sur la somme de 60,000 fr. restant libre dans la succession, une somme de 48,750 fr., c'est-à-dire les trois quarts des 65,000 fr. qui, à leur égard, forment la masse sur laquelle il faut calculer, il s'ensuit qu'il ne restera plus pour le légataire que 11,250 fr., au lieu de 15,000 fr. qu'on avait d'abord trouvés; ce qui fait qu'on est obligé de réduire, non pas un don de la portion indisponible, mais un don du disponible;

ce qui implique contradiction et démontre une erreur palpable de calcul.

Dans l'autre système, au contraire, qui est le vrai, nous réunissons les 5,000 fr. donnés aux 60,000 fr. restants, et nous trouvons une quotité disponible de 16,250 fr. Or, le défunt a déjà donné 5,000 fr., il ne reste donc plus, dans la portion disponible, que 11,250 fr. qui sont le lot du légataire. On arrive donc au résultat par le chemin le plus droit, sans effort, sans violence faite aux vrais principes.

Supposons, maintenant, un père ayant 65,000 fr. Il donne 5,000 fr. à Titius et 20,000 fr. à Sempronius ; puis il meurt, laissant un testament dans lequel il donne la portion disponible à Caïus. Il a trois enfants. Pour régler ce qui revient au légataire, nous n'opérerons pas sur les 40,000 fr. restant libres dans la succession; nous calculerons sur la masse de 65,000 fr. et nous dirons : la quotité disponible est de 16,250 fr. Or, le défunt a déjà dépassé cette quotité en donnant 25,000 fr., il ne restait donc rien de disponible lors de son décès, et le légataire n'aura aucune prétention à exercer.

979. Cette solution est claire lorsque ce sont des étrangers qui sont donataires ou légataires. Mais la question a semblé plus compliquée lorsque les libéralités ont été faites à des enfants qui viennent à succession et qui, en thèse générale, se doivent le rapport des choses données. Supposons, par exemple, que des avancements d'hoirie aient été faits à quelques-uns des enfants, et que la quotité disponible ait été léguée à un autre. Le légataire de la portion disponible pourra-t-il exiger que les donataires de l'avancement d'hoirie rapportent leurs dons ? Pourra-t-il exiger, du moins, qu'ils en fassent le rapport fictif à la masse ? On tient pour constant que la quotité disponible ne peut se calculer que par la réunion fictive des avancements d'hoirie. Ce n'est pas que, pour se remplir du disponible, le légataire puisse ébrécher

les donations qui l'ont entamé (ce serait introduire ici le rapport réel, ce qui ne saurait être); mais c'est afin qu'il puisse se payer sur les biens extants au moment du décès, et prendre le tout s'il est libre, ou ce qui reste s'il est entamé.

980. Sur le premier point, il ne saurait y avoir de doute : le rapport n'est pas dû. Vainement dira-t-on, avec la cour de Bruxelles (1), que le légataire réunit à la qualité de légataire celle d'héritier, et que, puisque le rapport est dû entre cohéritiers (2), les donataires ne peuvent se refuser au rapport réel. Cette opinion est fausse et insoutenable. Le légataire de la portion disponible n'agit pas en qualité d'héritier, lorsqu'il demande la fixation et la délivrance du disponible ; il agit en vertu du testament ; il est légataire et pas autre chose. Le rapport ne peut donc être demandé par lui. Au reste, c'est un point qui n'est plus contesté, et je n'en parle que pour mémoire.

981. Mais a-t-il droit d'exiger, sinon le rapport réel, au moins la réunion fictive des biens donnés en avancement d'hoirie? L'affirmative est évidente, aux termes de l'art. 932; et bien que la question ait été vivement controversée, les disputes sont aujourd'hui assoupies et la jurisprudence est irrévocablement formée.

982. Examinons un premier cas.

Supposons que le père ait fait des avancements d'hoirie qui n'anticipent pas sur la portion disponible. Il avait 64,000 fr., et trois enfants. La portion disponible était de 16,000 fr.; il a fait des avancements d'hoirie pour 30,000 fr. et il lègue à l'un de ses enfants la portion disponible. Nous disons que ces 30,000 fr. devront être réunis fictivement à la masse; qu'il faudra calculer comme s'ils n'étaient pas

(1) Arrêt du 13 juin 1810 (Devill., 3, 2, 287).
(2) Art. 843 et 857.

sortis de ses mains, et que le légataire prendra les 16,000 fr. entiers.

Pendant quelque temps la cour de cassation a pensé qu'il n'en devait pas être ainsi; que les donations avaient irrévocablement retiré les biens donnés de la main du testateur; qu'il n'avait pu, par conséquent, disposer que du quart des biens restant libres à son décès. Mais cette opinion a été abandonnée, comme nous le verrons plus tard, et, en effet, elle ne pouvait prévaloir.

983. D'abord, considérons une chose : c'est qu'il s'agit ici de donations faites en avancement d'hoirie, dont le caractère a toujours eu des traits singuliers, soit à cause de leur nature, soit à cause de l'intention qui y préside. Elles sont irrévocables, sans aucun doute; mais il n'en est pas moins vrai qu'entre cohéritiers elles se rapportent à la masse pour être soumises au partage (art. 843, 857, 858, 859), et qu'à l'égard des légataires, elles s'imputent sur la réserve, sur la légitime, sur ce dont le père ne pouvait priver ses enfants. Ne parlons plus du rapport, puisque nous ne sommes pas dans un cas où le rapport puisse avoir lieu. Mais insistons sur l'imputation des avancements d'hoirie sur la légitime.

Qu'est-ce que l'avancement d'hoirie? C'est, d'après les définitions juridiques, ce que l'on reçoit du père ou de la mère, *quasi in anticessum, seu anticipationem futuræ successionis*. Le donateur veut venir au secours de ses héritiers futurs : *Vivus videtur hæredi suo providisse* (1). Il n'entend pas diminuer sa succession en se livrant à ces libéralités; il en dispose, au contraire, par avance, au profit de ceux qui doivent être ses héritiers et qui seront nantis d'autant lors de l'ouverture de la succession. Dumoulin définit l'avancement d'hoirie : « *Quando pater dat aliquid filio tanquam fu-*

(1) L. 56. D. *Ad leg. falcid.*

« *turo hæredi, hoc contemplatione quod speratur hæres, et in* » *accelerationem commodi futuræ successionis* (1).

C'est donc une avance sur ce qui sera recueilli dans la future succession. Et quand cette succession s'ouvre, la chose donnée, loin d'en être défalquée, s'y retrouve nécessairement, à peu près comme lorsqu'on fait un compte, on retrouve dans ses éléments ce qui a été payé par avance (2). Il faut donc dire qu'à ne considérer que la nature des choses et la volonté du défunt, le don fait en avancement d'hoirie ne fait pas partie de la quotité disponible. Le père de famille n'est pas censé avoir voulu entamer par là son droit de disposition ; c'est pourquoi, quand un avancement d'hoirie se trouve en concours avec un don de la quotité disponible, on présume et l'on doit présumer que le don en avancement d'hoirie s'impute sur la part de l'enfant dans la réserve. Ce n'est pas d'un rapport qu'il s'agit ici : c'est d'une simple imputation sur la légitime. On fait la réunion des avancements d'hoirie, non pas pour les mettre dans la masse et les soumettre au partage, mais pour les laisser aux donataires en les imputant sur leur réserve.

Nous disons donc que, de même que la donation faite à un étranger s'impute sur la portion disponible, de même la donation faite en avancement d'hoirie à un successible s'impute sur sa légitime. Voilà pourquoi le rapport fictif est une opération si utile et si décisive pour savoir ce qu'a pu faire le disposant. C'est par la réunion fictive que l'on se rend compte de la portée de ses dispositions et de l'état dans le-

(1) *Sur Paris*, art. 26. Voy. Brillon, *Avancement d'hoirie.*

(2) Sur les avancements d'hoirie, voy. Dourdan, art. 92. Étampes, 114. Mantes, 149. Montfort. 151. Normandie, 434. Paris, 278. D'Argentré *sur Bretagne*, art. 405, glos. 3. Basnage *sur Normandie*, art. 434. Brodeau et Louet, lettre *D*, n° 61. Loisel, 2, 6, 45. Lebrun, 3, 6, 2, 3. Ferrières *sur Paris*, art. 278.

quel il laisse la réserve et le disponible. Sans cette réunion fictive, on n'arriverait qu'à des résultats incomplets.

984. Partant de là, il est tout à fait impossible de supposer que lorsque le testateur a donné la portion disponible, il n'a entendu parler que de ce qui est disponible dans les biens extants ; il est, au contraire, évident qu'il a entendu parler du disponible, eu égard à tous ses biens, eu égard surtout à ce qu'il a donné à ses enfants à compte sur leur légitime. Ce serait trahir sa pensée que de la restreindre dans le cercle étroit d'un patrimoine qui ne comprendrait pas, au moins fictivement, les biens qu'il a donnés en payement de sa dette de père. L'art. 922 le veut positivement, et l'interprétation de la volonté du donateur l'exige d'une manière non moins expresse.

985. Passons maintenant aux arrêts qui ont fait triompher ce point de droit.

Jourdan, en mariant sa fille aînée, Louise Jourdan, avec Sabatier, lui donne, en avancement d'hoirie, deux immeubles évalués 25,000 fr. Six ans après, en l'an x, il marie la seconde à Saint-Arroman et lui donne, en avancement d'hoirie, 4,000 fr. de son chef et 2,000 fr. du chef de sa mère. Enfin en 1806, il marie sa troisième fille, sans lui constituer de dot, à un sieur Lamotte.

En mai 1809, Jourdan fait un testament par lequel il lègue à Louise Jourdan, sa fille aînée, le quart de tous et chacun de ses biens immeubles et de ses biens meubles. Il évalue tous ses biens à 64,000 fr., y compris les 25,000 fr. et les 4,000 fr. donnés en avancement d'hoirie. Il déclare que sa fille, madame Saint-Arroman, fera le rapport de ses 4,000 fr. et en tiendra compte sur sa portion. D'après ces bases, le quart en préciput donné à Madame Sabatier s'élève à 16,000 fr.; pour quoi le testateur lui donne une maison.

Jourdan décède en 1817. Il faut remarquer, avant d'aller plus loin, que Jourdan laissait, dans ses biens extants, de quoi acquitter le legs précipuaire, sans entamer les réserves. Car ayant 64,000 fr. de biens et trois enfants, le quart était, légitimes payées, de 16,000 fr.

Un procès s'engage entre les trois sœurs. Mesdames Saint-Arroman et Lamotte soutiennent que c'est à tort que leur père avait calculé sur les biens donnés en avancement d'hoirie : qu'ainsi, par exemple, en voulant que Madame Saint-Arroman fît le rapport des 4,000 fr. à elle donnés en avancement d'hoirie, le testateur avait ordonné un rapport en faveur du légataire, contrairement à l'art. 857 du Code Napoléon.

Un jugement du tribunal de Bagnères-de-Bigorre décide que le legs par préciput fait à Madame Sabatier ne sera pris que sur les biens qui étaient au pouvoir de Jourdan père lors de son décès.

Appel et arrêt infirmatif de la cour de Pau, du 2 juin 1820.

La cour considère d'abord qu'il ne faut pas confondre le rapport effectif, prévu par l'art. 857 du Code Napoléon, et qui ne doit jamais être fait dans l'intérêt des légataires, avec le rapport fictif dont parle l'art. 922. Le rapport, c'est l'acte par lequel les héritiers avantagés remettent à la masse les biens donnés et reçus, afin de les soumettre au partage. Dans l'espèce il ne s'agit pas de cela. Il n'y a, dans les dispositions de Jourdan père, qu'une réunion fictive, non pas pour faire sortir des biens de la main des héritiers, non pas pour les mettre effectivement dans la masse, mais simplement pour calculer la quotité disponible. Tant qu'on se renferme dans la réunion fictive, prescrite par l'art. 922, on ne se met pas en opposition avec l'art. 857, qui ne parle que du rapport réel.

La cour examine ensuite la valeur de l'objection tirée de ce que l'art. 922 ne prescrit la réunion fictive que pour opérer la réduction des legs. Elle pense que la réserve et la quotité disponible sont corrélatives, de telle sorte que la fixation de l'une est nécessairement la fixation de l'autre; que, dès lors, l'art. 992 est le seul article applicable, soit que les héritiers réclament leur réserve, soit que les légataires réclament leur legs; qu'autrement la quotité disponible augmenterait ou décroîtrait, selon que la délivrance serait demandée par les héritiers ou les légataires.

Elle considère, enfin, qu'il ne faut pas s'attacher à un système qui serait de nature à empêcher les avancements d'hoirie si favorables pour les mariages; que c'est pourtant ce qui arriverait si l'on voulait qu'un père, en payant d'avance la réserve, entamât la portion disponible.

De tout cela, la cour conclut que, lorsqu'il s'agit d'évaluer la quotité disponible, l'on doit, dans tous les cas, former la masse de la manière prescrite par l'art 922 du Code Napoléon, et prendre ensuite cette quotité sur les biens laissés au décès, sans pouvoir ébrécher les dons faits en avancement d'hoirie et en souffrant que les réservataires soient, avant tout, remplis de leur légitime.

986. Ce système était logique et fortement déduit du texte de la loi et des dispositions du testament. Il ne fut cependant pas admis par la cour de cassation, qui, par un arrêt du 28 décembre 1824, cassa l'arrêt de Pau, sur les conclusions contraires de M. Cahier, avocat général (1).

Quelles sont les raisons de décider de la cour de cassation ?

La donation dépouille irrévocablement le donateur, et les choses par lui données ne font plus partie de sa succession.

(1) Devill., 7, 1, 583. Dalloz, 24, 1, 522.

Jourdan n'a donc pu donner que le quart des biens dont il était saisi à son décès et qui, seuls, composaient réellement sa succession. L'art. 857 ne veut pas d'ailleurs que le rapport soit demandé par le légataire, lors même que ce légataire serait aussi héritier. Et quant à l'art. 922, il n'est pas applicable à l'espèce ; car la réunion fictive n'est prescrite que dans l'intérêt des héritiers à réserve et sur leur propre demande : ce qui est étranger à l'affaire (1).

987. La cause ayant été renvoyée devant la cour d'Agen, un arrêt du 12 juillet 1825 adopta l'interprétation qui avait prévalu devant la cour de Pau (2).

Le pourvoi formé contre cet arrêt amena le débat devant les sections réunies de la cour de cassation, et là, par un arrêt célèbre, à la date du 8 juillet 1826, sous la présidence du garde des sceaux, M. de Peyronnet, la requête fut rejetée (3).

La cour suprême a sagement considéré qu'il ne saurait y avoir deux manières distinctes de calculer la réserve et la quotité disponible; que l'art. 922, seul, règle ces deux opérations ; qu'il exige la réunion fictive des biens donnés, et que cette réunion doit avoir lieu pour procéder régulièrement et logiquement ; que c'est en vain qu'on oppose l'art. 857 du Code Napoléon, d'après lequel le rapport n'est pas dû au légataire ; que la dame Sabatier ne demande pas le rapport réel des avancements d'hoirie à la masse de la succession ; qu'elle ne demande qu'une réunion fictive pour connaître la consistance générale de l'hérédité, afin de fixer la valeur de la quotité disponible.

Cet arrêt est grave ; il est empreint d'une profonde intel-

(1) Même jour, autre arrêt semblable, cassant un arrêt de la cour d'Agen du 2 mai 1822.

(3) Devill., 8, 1, 383. Dalloz, 26, 1, 315. Palais, t. 20, p. 667.

(4) Ibid.

ligence des textes : il fait et doit faire autorité, parce qu'il interprète la loi en dehors de toute subtilité et de toute méprise (1).

988. Maintenant, arrivons à une autre hypothèse et voyons ce qui sera décidé pour le cas où les dons en avancement d'hoirie excèdent la portion disponible. On verra encore mieux ressortir ici la vérité de notre distinction entre le rapport et la réunion fictive.

Pierre a deux enfants, un fils et une fille : il donne à chacun d'eux, en les mariant, une somme de 40,000 fr. en avancement d'hoirie? Il fait un testament dans lequel il laisse à son fils la portion disponible. A son décès, sa fortune, qu'il supposait être plus considérable, ne se monte qu'à 90,000 fr., en y réunissant fictivement les 80,000 fr. donnés en avancement d'hoirie. Il suit de là qu'il ne reste de libre que 10,000 fr. Cependant la portion disponible étant du tiers, arrive au chiffre de 30,000 fr. Or, pour arriver à ce chiffre, le légataire demandera-t-il qu'il soit fait une défalcation sur les avancements d'hoirie? Il n'y serait pas fondé ; car c'est alors qu'il aurait la pensée de soumettre ces avancements d'hoirie à un rapport réel, prétention for-

(1) *Junge* arrêt de la cour de cassat. du 11 août 1829, req., affaire Mourgues (Devill., 9, 1, 352 ; Palais, t. 22, 356). *Supra*, n° 788. Cet arrêt est la conséquence de l'arrêt Saint-Arroman. Il juge de la même manière la question d'imputation. Il suit de là, que si un enfant naturel reconnu auquel la part disponible à son égard aurait été léguée par son père se trouvait en concours avec des héritiers réservataires, il serait fondé à exiger le rapport fictif dans les termes de l'art. 922, pour faire le calcul de la quotité disponible. Mais s'il était en concours, non avec des réservataires, mais avec des héritiers collatéraux, et en outre si la réserve ne se trouvait nullement entamée par les donations antérieures, il serait mal fondé à demander la réunion fictive : ce n'est que sur les biens existants au jour du décès que devrait être calculée la portion à lui léguée, et cela encore même que le père eut prescrit la réunion fictive par son testament. Orléans, 7 janvier 1860 (Devill., 60, 2, 225 ; Dalloz, 60, 2, 33). Sur ce dernier point. V. aussi rej. 15 nov. 1859 (Devill., 59, 1, 881)

mellement interdite par la loi. Le légataire devra donc respecter les dispositions par avancement d'hoirie ; il devra se contenter des 10,000 fr. qu'il trouve libres dans la succession.

989. On voit du reste que, soit dans cette hypothèse, soit dans la précédente, les avancements d'hoirie s'imputent sur la réserve. C'est la règle fondamentale qui ressort de la doctrine et de la jurisprudence.

Il y a cependant une exception à cette règle ; c'est lorsque l'enfant donataire vient à décéder avant le donateur. On ne peut pas dire alors, en se reportant à l'ouverture de la succession du donateur, qu'il a fait une avance sur cette même succession, puisque celui qui a reçu ne s'est pas trouvé dans les conditions nécessaires pour succéder. Le don est pareil alors à celui qui aurait été fait à un étranger.

Voici, à ce sujet, un arrêt qui doit fixer l'attention :

3 mars 1830, Salichon donne à son fils, Louis Salichon, une somme de 30,000 fr. en avancement d'hoirie. Louis Salichon décède quelque temps après, laissant un testament par lequel il institue un de ses trois frères pour son légataire universel.

30 avril 1840, décès de Salichon père ; il institue son épouse légataire de tout ce dont la loi lui permet de disposer.

La veuve Salichon a prétendu que les 30,000 fr., donnés à Louis Salichon, devaient être imputés sur la réserve. Les autres héritiers soutenaient, au contraire, que Louis Salichon étant mort avant son père, il n'y avait jamais eu pour lui de réserve ; que l'imputation devait dès lors se faire sur la portion disponible.

Arrêt de la cour de Lyon du 7 février 1844, qui décide que les 30,000 fr. seront imputés sur la portion disponible (1).

(1) Devill., 44, 2, 265.

Sur le pourvoi, M. le conseiller Lasagni faisait remarquer que la réserve est une quote-part à prendre sur la succession ; qu'il n'y a pas de succession d'une personne en vie, et que Louis Salichon étant décédé avant son père, il n'y avait pas posssibilité de lui accorder une part dans la succession de ce dernier. L'imputation est l'application d'une somme pour en compléter une autre qui est due (1) ; comment pourrait-on le faire sur une réserve qui n'est pas due, qui ne doit pas être payée, qui n'a jamais existé ?

L'on oppose que l'avancement d'hoirie est moins une réserve légale à prendre lors de l'ouverture de la succession qu'une réserve légale prise au moment de la donation ; qu'ainsi ce caractère ne peut être détruit par l'événement fortuit du prédécès. Mais on répond que, par l'avancement d'hoirie, les parties ont nécessairement en vue l'époque du décès du donateur ; d'où l'inévitable conséquence que, si ce dernier survit au donataire, l'avancement d'hoirie « *incidit in eum casum a quo incipere non poterat* ». Donc les biens donnés doivent être rapportés à la succession comme une donation pure et simple faite à un étranger.

Il ne faut pas argumenter de la renonciation au prédécès. La renonciation à la réserve légale n'empêche pas l'existence de l'enfant. La succession s'ouvre ; il y a créance de l'enfant; il y a dette de la réserve. Mais, dans le cas de prédécès de l'enfant, la réserve n'existe pas et ne peut pas exister.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la chambre des requêtes du 19 février 1845 (2).

990. Nous avons supposé, jusqu'à présent, que le

(1) L. 19, 20, 91, D., *Ad leg. falcid.*

(2) Devill., 45. 1, 371. — *Junge* Req. 23 juin 1857 (Dalloz, 57, 1, 563, *J. Pal.*, 1857, p. 1060). Grenoble, 15 mai 1856 (*J. Pal.* 1857. p. 302). Limoges 7 janvier 1860 (Dalloz, 60, 2. 14 ; Devill., 61, 2, 303 ; *J. Pal.*, 1861, p. 145). Cass., 12 nov. 1860. (Devill., 61, 1, 138) ; V. aussi MM. Beau-

légataire de la quotité disponible est un enfant héritier.

Il n'en serait pas autrement si ce légataire, étant un étranger, se trouvait en présence des enfants. Comme l'enfant légataire, il serait fondé à exiger l'imputation sur la réserve; mais, comme lui aussi, il ne pourrait exiger qu'un rapport fictif et jamais un rapport réel.

Écoutons Lebrun (1).

« La première question, dit-il, qui se peut présenter à ce » sujet est de savoir si un héritier institué ou légataire uni- » versel a droit d'obliger un fils légitimaire d'imputer ces » sortes de donations sur sa légitime ? La raison de douter » est qu'il y a un très-grand rapport entre le droit de colla- » tion ou rapport, et l'imputation sur la légitime, suivant la » loi 20 au C. *De collat.* Or, l'enfant ne rapporte point à l'é- » tranger ; en sorte que si un père, ayant trois enfants, ins- » titue avec eux un étranger, il faudra faire un double par- » tage : l'un sans rapport au regard de l'étranger et pour » trouver sa part, et l'autre avec rapport entre les trois en- » fants, parce que le rapport est pour l'égalité entre les en- » fants seulement, et cesse quand l'égalité n'est point blessée » (§§ 4 et 5 de la loi 1re, D., *De collat. bon.*) D'où il semble » que l'on doive conclure que l'imputation des donations » sur la légitime ne se doit faire qu'entre enfants, pour éga- » ler les légitimaires entre eux et pour faire qu'ils n'aient pas » plus que les autres enfants héritiers ou légataires ; ce qui » arriverait quelquefois, s'ils n'étaient obligés de faire cette » imputation, et ce qui n'a nul inconvénient quand ce sont des » personnes étrangères qui sont héritières et qui fournissent » la légitime.

temps-Beaupré, *De la port. disp.*, t. 2, n° 870 et suiv; Aubry et Rau, t. 5, p. 573 et suiv.; Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. 4, p. 186, à la note.

(1) 2, 3, 9, nos 4 et 5.

» Il faut dire néanmoins, que les héritiers étrangers ont » droit, comme des enfants qui sont institués héritiers, de faire » faire l'imputation sur la légitime, parce que la demande » de la légitime est un droit extraordinaire qui ne doit avoir » lieu que lorsque le père ou n'a point du tout ou n'a pas » assez considéré son sang. Ainsi cette action n'a point lieu » quand le père a rempli ses devoirs naturels, et il serait » fort injuste qu'un fils, comblé des bienfaits de son père, » vînt accuser son testament et donner atteinte à de légères » libéralités, dont le père aurait voulu reconnaître l'amitié » de quelqu'un (1). »

On doit reconnaître cependant que l'interprétation de la volonté du défunt peut avoir une grande influence sur la solution. Le testateur qui fait un legs à un étranger, aurait pu ne lui rien laisser du tout; il a pu, à plus forte raison, vouloir que son legs fût diminué par le cumul de la réserve et d'une libéralité sur la tête du réservataire. C'est ce que l'on pourrait décider, par exemple, si le testament qui institue le légataire universel était aussi le titre contenant le legs fait au réservataire; on serait autorisé à penser que ce dernier legs est la condition du legs universel, et que le testateur n'a pas voulu que le réservataire se contentât de sa réserve (2).

991. L'enfant donataire qui renonce est assimilé à un étranger à certains égards; il a aussi le droit d'exiger la réunion fictive des avancements d'hoirie et donations (3).

(1) *Junge* Ricard, *Donat.*, 3, n° 1155. Furgole, *Test.*, ch. 11, sect. 1, n° 5, Dumoulin *sur Nivernais*, ch. 27, art. 11. Ferrières *sur Paris*, art. 298, glos. 2, § 2, n° 16.

(2) Agen, 28 décembre 1808 (Devill., 2, 2, 454, 455), et 12 janvier 1824 (Dalloz, 24, 2, 77). Limoges, 14 juillet 1818 (Devill., 52, 401). Bordeaux, 24 avril 1834 (Devill., 34, 2, 461). M. Grenier n'a pas saisi le sens de ces arrêts, n° 597.

(3) Cassat., 17 mai 1843 (Devill., 43, 1, 690), connu sous le nom d'arrêt Leproust.

992. Il diffère cependant d'une façon très-profonde de l'étranger, en ce que le don fait à l'étranger s'impute sur la portion disponible, tandis que le don en avancement d'hoirie, fait à l'enfant qui renonce pour s'en tenir à ce don, s'impute sur la réserve.

C'est ce qu'a jugé l'arrêt Castille, dont l'importance est très-grave en cette matière. Nous ne saurions le rencontrer sur notre chemin sans en méditer les circonstances et les principes.

Le comte de Castille donne à sa fille, la dame du Roure, en la mariant, 100,000 fr. en avancement d'hoirie. Depuis, et en 1825, il lègue à son fils, par préciput et hors part, les biens composant un majorat.

Il décède en 1826, laissant sept enfants.

La dame du Roure renonce à la succession pour s'en tenir à son don.

La question s'élève de savoir si ce don est imputable sur la réserve ou sur la quotité disponible.

Arrêt de Nîmes du 19 août 1830 qui décide que l'enfant qui renonce n'a plus droit à la réserve qui est la succession même, et qui ordonne en conséquence que le don sera imputé sur la portion disponible (1).

Sur le pourvoi, M. Mestadier, conseiller, faisait observer à la chambre des requêtes que la dot de 100,000 fr. avait été constituée en avancement d'hoirie par la volonté formelle du père; que cette disposition, valable à l'époque à laquelle elle avait été faite, ne pouvait recevoir aucune impression du fait postérieur de renonciation de la part du donataire; que lorsque le père, pénétré de l'idée qu'il avait fait un don de la réserve, ferait ensuite un don de la portion disponible par préciput et hors part, cette seconde disposition, valable aussi

(1) Dalloz, 32, 1, 32.

dans l'origine, ne pourrait trouver un obstacle dans la renonciation *ex post facto* du premier donataire à la succession. S'il en était autrement, les sages dispositions d'un père pour la distribution de sa fortune, seraient paralysées par la volonté d'un des enfants.

M. Mestadier signalait, avec beaucoup de force et de sagacité, d'autres inconvénients du système qui voudrait, d'une manière absolue, que le don fût toujours imputé sur la réserve (1). Supposons un père qui donne à son fils la quotité disponible avec dispense de rapport. Puis, il marie sa fille et lui constitue une dot en avancement d'hoirie. Faudra-t-il donc que la fille mariée soit forcée d'accepter la succession de son père, pour pouvoir conserver sa dot? Faudra-t-il qu'une renonciation, qui est dans son droit, rende impossible la conservation dans ses mains d'une libéralité qui, désormais, ne peut plus se prendre sur la portion disponible ?

D'un autre côté, un père épuise la réserve par des avancements d'hoirie. Il ne pourra donc donner ensuite la quotité disponible que sous le bon plaisir des enfants dotés, qui, par caprice ou par haine, ou par avidité, viendront rendre sans effet la disposition précipuaire! Il dépendra de l'un d'eux de s'attribuer la quotité disponible par sa renonciation et de l'enlever à son frère, à qui la volonté du père l'attribue! Quelle stabilité auront désormais les contrats de mariage Que de bouleversement dans les contrats et de pertubation dans les familles!

Sur ces observations, la requête fut admise; et, plus tard l'arrêt de Nîmes a été cassé par arrêt de la chambre civile du 15 mars 1834 (2).

Cet arrêt se fonda sur cet enchaînement d'idées : Si le don fait à un étranger s'impute toujours sur la portion disponible, il

(1) *Supra*, n° 789.
(2) Dalloz, 34, 1, 159.

en est autrement du don qu'un père fait à ses enfants. En effet, le père peut, ou donner à son fils en avancement d'hoirie, par voie de délégation anticipée sur sa réserve légale, ou lui donner par préciput et hors part la portion disponible. Or, le don en avancement d'hoirie n'enlève pas au père de famille la faculté de disposer ensuite de la quotité disponible ; au contraire, il lui conserve cette faculté intacte.

Si donc, depuis le don en avancement d'hoirie, le père a donné la quotité disponible par préciput à un autre enfant, le premier donataire peut, sans aucun doute, renoncer à la succession de son père, mais sa renonciation ne peut changer la nature du don ; elle ne lui assure que le droit de retenir ou de recevoir ce qui lui a été donné, en la qualité d'enfant qu'il ne peut ni perdre ni abdiquer, sur ce qui lui aurait appartenu dans la réserve légale s'il n'eût pas renoncé, et subsidiairement sur la quotité disponible.

La cour de Nîmes n'a donc pas pu décider que les 100,000 f. donnés à la dame du Roure, par son contrat de mariage, seraient exclusivement pris sur la portion disponible, et que sa portion héréditaire accroîtrait à ses frères et sœurs en vertu de sa renonciation. Elle a violé par là l'art. 917 du Code Napoléon et faussement appliqué l'art. 845. Elle devait ordonner que les 100,000 fr. seraient perçus d'abord sur la réserve légale qui lui aurait appartenu si elle n'eût pas renoncé, et subsidiairement sur la portion disponible (1).

Article 923.

Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires,

(1) Sur le renvoi à Aix, arrêt conforme du 13 février 1835 (Dalloz, 35, 299). Les motifs sont instructifs à lire.

et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.

SOMMAIRE.

993. Ordre dans lequel les libéralités doivent contribuer au payement de la légitime. — Raisons qui ont fait préférer les libéralités entre-vifs aux héritiers testamentaires.
994. De la réduction des legs. — Renvoi.
995. Difficulté dans l'ancienne jurisprudence sur le point de savoir si le retranchement devait avoir lieu, à l'égard des donations, par contribution, ou s'il devait s'exercer sur les plus récentes.
996. La légitime étant toujours préférable aux donations, le légitimaire peut recourir contre le premier donataire si la chose a péri par la faute du deuxième donataire insolvable?
997. Mais, dans ce cas, le chiffre de la légitime reste-t-il le même?
998. La solution est la même si c'est le premier donataire qui est insolvable.
999. *Quid* si le donataire a vendu la chose donnée? — Renvoi.
1000. Cas exceptionnel où la plus ancienne donation est moins favorable, au point de vue de la réduction, que la plus nouvelle.
1001. Erreur des auteurs qui enseignent que les donations en avancement d'hoirie doivent subir la réduction d'après la date des renonciations.
1002. *Quid* dans le cas où plusieurs donations ont été faites le même jour?

COMMENTAIRE.

993. Notre article s'occupe du point important de savoir quelles sont les libéralités qui doivent être atteintes les premières par la réduction. Il est bien entendu que c'est d'abord sur les biens extants que les légitimes doivent être payées (1).

(1) Lebrun, 2, 3. 8, 1.

Mais si les biens extants ne suffisent pas et qu'on soit obligé de recourir sur les libéralités inofficieuses, on demande dans quel ordre ces libéralités doivent contribuer aux légitimes.

Et d'abord, il est de règle que c'est aux libéralités testamentaires qu'il faut s'attaquer avant de porter atteinte aux donations entre-vifs. Si la quotité réservée est diminuée, il est évident que c'est par l'effet des libéralités postérieures plutôt que par l'effet de celles qui ont précédé. Ce sont donc les libéralités dernières en date qui doivent supporter le retranchement nécessaire pour compléter la réserve (1).

Mais il y a une autre raison non moins décisive ; c'est que si les donations devaient concourir en même temps que les legs au retranchement, ce serait porter atteinte à la règle de l'irrévocabilité des donations. Car il dépendrait du donateur d'en détruire indirectement l'effet par des profusions capricieuses.

994. Mais quel ordre doit-on observer dans la contribution des libéralités testamentaires ? C'est ce que nous examinerons dans le commentaire de l'art. 926 (2).

995. Après qu'on a épuisé les legs, si la réserve n'est pas encore remplie, il faudra procéder au retranchement des donations entre-vifs. Mais ce retranchement se fera-t-il par contribution sur toutes les donations, ou d'abord sur la dernière, et subsidiairement sur chacune des autres en remontant ? Cette question a beaucoup divisé la jurisprudence autrefois.

Furgole décidait que la légitime doit se prendre sur les donations les plus récentes, ajoutant que l'opinion contraire est insoutenable (3). La raison qu'il donne est que les pre-

(1) Ricard, p. 3, nos 1107, 1108, 1109, 1114, etc. Lebrun, *loc. cit.*, 2, 3.

(2) *Infra*, no 1015.

(3) Quest. 9, *sur les Donat.*

mières donations sont bonnes, si elles n'excèdent pas la quotité disponible, et que le donateur en les faisant n'a pas dépassé les bornes de son pouvoir. Ce sont donc les dernières donations qui peuvent donner lieu à la plainte d'inofficiosité. Si le donateur ne les avait pas faites, la légitime n'aurait pas été entamée.

Que si le retranchement se faisait par contribution, ce serait donner au donateur le moyen indirect de porter atteinte aux premières donations.

Tel était aussi l'avis de Lebrun (1), et il est certain qu'après quelques hésitations occasionnées par un arrêt du parlement de Paris, connu sous le nom d'arrêt Faverolles (2), en 1675 (lequel avait favorisé le système de la contribution), la jurisprudence s'était prononcée en sens contraire (3), et l'article 34 de l'ordonnance de 1731, résumé des plus pures doctrines sur la matière des libéralités, avait tranché la difficulté contre la contribution.

C'est aussi le parti que le Code Napoléon a adopté par notre article. Il faut donc dire que c'est sur la dernière donation, et ainsi de suite en remontant, que la réduction doit s'opérer. Mais les donations comprises dans le même acte sont soumises à contribution (4).

996. Ici se présente la question de savoir comment la réduction s'opère, lorsque l'objet donné a péri entre les mains de l'un des donataires par sa faute (5).

Par exemple : Une somme d'argent a été donnée à Pierre, second donataire, qui l'a dissipée et est devenu entièrement insolvable.

(1) *Loc. cit.*, 9 et suiv. Arrêt du 19 mars 1688, rendu sur les conclusions de l'avocat général Talon.

(2) Ricard, *loc. cit.* Lebrun, *loc, cit.*, n° 19.

(3) Lebrun, *loc. cit.*, n° 24. Bourjon, t. I, p. 879, 880.

(4) Furgole, *loc. cit.*

(5) *Supra*, n° 971.

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître, et il est, en effet, constant que l'héritier, après avoir discuté Pierre, pourra recourir contre le donataire précédent pour exiger sa réserve (1). La raison en est que le dernier donataire n'a pu porter préjudice par son fait à la légitime, et que le premier donataire, *qui certat de lucro captando*, ne doit pas faire retomber cette perte sur le légitimaire *qui certat de damno vitando*. La légitime est toujours préférable aux donations.

997. Ceci admis, on demande si la légitime restera fixée au chiffre où elle serait arrivée si l'actif n'eût pas été diminué par la perte de l'objet donné, ou bien faudra-t-il retrancher de la masse des biens les sommes reçues par le donataire tombé dans l'insolvabilité ?

Supposons que Titius ait donné 30,000 fr. à Primus et 30,000 fr. à Secundus. Secundus devient insolvable et Titius meurt lui-même obéré, laissant un fils unique. En faisant la réunion fictive à la masse des 30,000 fr. donnés à Primus et des 30,000 fr. donnés à Secundus, on trouve un chiffre de 60,000 fr. dont le fils aura la moitié pour sa légitime. Seulement, ces 30,000 fr. se prendront exclusivement sur Primus, seul solvable; de sorte que sa position se trouvera aggravée par le fait de Secundus ; car si ce dernier fût resté *in bonis*, Primus n'aurait éprouvé aucune réduction, et voilà qu'il va se trouver dépouillé de la totalité de son don.

Ce résultat a paru trop rigoureux à des auteurs graves. Pothier ne l'admet pas : il veut qu'on retranche les 30,000 fr. perdus de la masse des biens, et que, par conséquent, la légitime soit réduite à moitié, afin que Primus n'éprouve pas une perte totale pour un événement qui n'est pas de son fait (2).

(1) Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 5, § 5. Bourjon, t. I, p. 880, col. 2.

(2) *Donat.*, sect. 3, art. 5, § 5. Voy. Lemaître, p. 451. Delvincourt, t. II. p. 244. M. Duranton, t. VIII, n° 339. M. Coin-Delisle sur 923, n° 8.

Mais doit-on admettre une décision si contraire aux intérêts du légitimaire ? Pothier traite les choses comme si les biens fussent restés dans la main du donateur et que ce dernier les eût dissipés. Certes, en pareil cas, on comprend que les valeurs consommées et perdues devraient disparaître de la masse active. Le disposant pouvait, en effet, faire de son bien l'usage qu'il jugeait convenable; il pouvait le laisser dépérir, l'aliéner, le consommer; le fils doit accepter les conséquences de cette mauvaise administration. Mais la situation est fort différente quand c'est le donataire qui dissipe par sa faute ce qui lui a été donné, et ce qui se trouverait dans la succession du donateur, s'il n'eût pas été libéral envers lui. La faute du donataire n'est pas comparable au fait souverain du père de famille *qui potest jactare suum*. Elle ne saurait retomber sur le légitimaire, et diminuer ses droits. Il est vrai que l'autre donataire va se trouver atteint, mais il vaut mieux que ce soit lui que le réservataire. Ce dernier *certat de damno vitando*; le donataire *certat de lucro captando* (1).

998. Il en serait de même, à plus forte raison, si c'était le premier donataire qui fût devenu insolvable; le second donataire supporterait l'action en retranchement sans diminution de la légitime (2).

999. Quant au cas où le donataire a vendu la chose donnée, nous renvoyons à l'article 930 qui le prévoit.

1000. Quoique la règle générale soit que les dernières donations soient exposées les premières à la réduction, il peut arriver cependant quelquefois que la plus ancienne donation soit moins favorable que la plus nouvelle.

(1) Bourjon, t. I, p. 880, nos 73 et 74. Zachariæ, t. V, p. 175 et 176, note 10. Grenier, t. IV, no 632. Toullier, 5, no 137. Merlin, *Légitime*, sect. 8, § 2.

(2) Bourjon, *loc. cit.* Zachariæ, t. V, p. 175 et 176, note 10. Grenier et Toullier, précités.

Deux personnes se marient et le futur fait à la future, par contrat de mariage, une donation de la portion disponible. Des enfants naissent de cette union ; le père et la mère pour établir l'un d'eux lui font des avantages par préciput. Il est évident que la mère est obligée de souffrir l'exécution de la dernière donation, de préférence à celle qui lui a été faite antérieurement. Car elle n'a pu vouloir que la libéralité à laquelle elle s'est associée fût illusoire; et elle le serait si elle faisait sortir à effet la donation entière qui lui a été faite par son contrat de mariage (1).

1001. Bien que ce soit la date des donations qui décide de l'ordre des retranchements, des auteurs ont cru pouvoir enseigner que lorsqu'il s'agit de donations en avancement d'hoirie faites à des héritiers qui renoncent à la succession pour s'en tenir à leur don, ces donations subissent la réduction non d'après leur date, mais d'après la date des renonciations (2). Mais cette opinion bizarre n'a pas besoin d'une réfutation. Je me borne à l'exposer : cela me dispense de la combattre.

1002. Lorsque les donations sont faites le même jour, on tient compte de l'antériorité de l'une sur l'autre, quand elle peut être constatée ; ce qui arrive quand le notaire a indiqué l'heure, ou bien quand l'une mentionne des dispositions renfermées dans l'autre. L'article 2174 du Code Napoléon n'est pas applicable ici (3).

(1) Bordeaux, 9 avril 1840 (Devill., 41, 2, 470). Voy. cependant ce que nous disons, *infra*, n°s 2355 et 2538, sur des questions analogues.

(2) MM. Marcadé sur 923, n° 2 ; Lescot sur id., n° 511.

(3) MM. Duranton, t. VIII, n° 383 ; Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, n° 605, p. 228, note *a*. *Contra*, Dalloz, t. V, p. 454.

ARTICLE 934.

Si la donation entre-vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir, sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature (1).

SOMMAIRE.

1003. Dans le cas où il y a lieu à réduction, le retranchement se fait, de droit, en nature.
1004. Le réservataire qui a reçu par donation au delà de la quotité disponible, ne doit le rapport en nature que de ce qui excède la portion disponible.
1005. Exception à cette règle dans le § 2 de l'art. 866.
1006. Examen et réfutation de diverses interprétations auxquelles a donné lieu l'art. 924.
1007. Suite.
1008. Le père de famille pourrait-il forcer ses héritiers à déroger à la disposition de l'art. 924?
1009. Question analogue examinée par Ricard.
1010. Le droit de rétention ne doit s'exercer qu'au cas où les biens sont de même nature; il n'est pas nécessaire qu'ils soient de même espèce.

COMMENTAIRE.

1003. Lorsqu'une donation est sujette au retranchement pour la légitime, le donataire doit restituer au réservataire une portion des choses qui lui ont été données. Cette portion doit être délivrée *in specie*, et il ne suffirait pas au donataire d'en offrir l'estimation; car, la donation n'étant pas valable

(1) Ces derniers mots ont été ajoutés sur la demande du Tribunat (Fenet, t. XII, p. 448).

pour cette portion, c'est de cette portion *in specie* que le légimaire est créancier et non pas de l'estimation. Ainsi le déclarait Justinien dans la loi 36, C., *De inoffic. test.* : « *Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris* ». De là la maxime que la légitime doit être fournie en corps héréditaires (1).

Cette maxime s'applique non-seulement aux donataires étrangers, mais encore aux donataires successibles qui renoncent à la succession pour s'en tenir à leur don. Ainsi, le fils qui aurait été saisi d'une donation universelle, et qui renoncerait à la succession pour s'en tenir à son don, ne pourrait, pas plus qu'un étranger, retenir les immeubles reçus en don et offrir de se libérer de la réserve en argent ou même avec d'autres fonds qui ne dépendraient pas de la succession (2).

Telle est donc la règle générale : le retranchement se fait, de droit, en nature, *in specie*.

1004. Maintenant faisons un pas de plus et demandons-nous quelle sera, vis-à-vis des légitimaires, la position du donataire qui aura reçu du défunt une donation excessive, et qui réunira à la qualité de donataire de la portion disponible celle de légitimaire?

Puisqu'une telle donation renferme deux éléments, il faut l'examiner sous ces deux rapports.

D'abord, en ce qui concerne la portion disponible, le donataire, conformément à ce que nous venons de dire, devra subir le retranchement en nature pour tout ce qui excédera cette quotité; il ne gardera en nature que ce qui rentre dans les limites de cette quotité (art. 844 et 866) (3).

Mais *quid juris* à l'égard de l'autre élément, c'est-à-dire

(1) Pothier, *Donat.*, p. 3, sect. 3, § 6. Ricard, nos 1122 et suiv. Lebrun, 2, 3, 10, n° 1.

(2) Ord. de 1731, art. 24.

(3) Voy. une exception au n° 1005.

à l'égard de la part du donataire imputable sur la réserve? Si l'on devait absolument suivre les principes généraux, le donataire devrait en faire le rapport à la masse (art. 843, 844). Cependant n'y a-t-il pas une circonstance où cette règle doit fléchir? Supposons qu'il se trouve, dans la succession, des biens immeubles de même nature dont on puisse faire des lots pour les autres cohéritiers. A quoi bon, en pareil cas, forcer l'héritier à rapporter à la masse la portion de l'immeuble donné correspondant à sa réserve? Pourquoi troubler, sans nécessité, une possession déjà ancienne? De quoi pourront se plaindre ses cohéritiers, puisque la succession leur offre de quoi se payer en immeubles? Ils argumenteraient du *summum jus*, dont il faut toujours redouter les exigences. Notre article leur ferme donc la bouche. Il décide que, dans l'espèce prévue, le rapport n'aura pas lieu (1), et que le donataire gardera sa part dans la réserve pour la réunir à la quotité disponible qu'il retient. Le rapport en nature sera donc restreint à ce qui excède seulement la portion disponible. Cette conclusion résulte des art. 844 et 859 du Code Napoléon. L'art. 924 a cru devoir la formuler avec précision et netteté, au risque de tomber dans une répétition; mais cette répétition tourne au profit de l'interprète, qui marche avec plus de sûreté dans une matière souvent difficile.

1005. Nous venons de dire que l'excédant de la portion disponible sera rapporté en nature. Telle est, en effet, la règle : l'art. 844 et le § 1 de l'art. 866 la consacrent.

Mais il n'y a pas de règle sans exception et le § 2 de l'art. 866 en établit une. Il veut que lorsque la donation susceptible de réduction porte sur un objet qui ne peut se partager commodément, on suive la règle : *Major pars trahit*

(1) Art. 859.

ad se minorem. De là deux hypothèses : ou l'excédant à retrancher dépasse la moitié de la valeur de l'immeuble, ou bien la portion que le donataire a droit de garder excéde cette moitié. Dans le premier cas, le donataire rapporte l'immeuble en totalité, sauf indemnité pour ce que lui donne la portion disponible; dans le second cas, il garde l'immeuble en totalité, sauf à récompenser ses cohéritiers (1).

1006. Nous venons d'exposer le sens de l'art. 924, tel qu'il résulte de la lettre et de l'esprit de ce texte, et de sa corrélation avec les art. 844 et 859. Rien n'est plus simple, plus clair et plus logique (2).

On ne saurait s'imaginer, cependant, à combien d'interprétations forcées une disposition si naturelle a donné naissance. Il semblerait presque que cet article 924 serait un de ces textes célèbres dont on trouve des exemples dans le droit romain et qui ont été la croix des interprètes.

Ainsi, par exemple, nous lisons dans plus d'un livre que l'art. 924 a entendu poser une exception au principe en vertu duquel la réduction s'opère toujours en nature (3). Mais qui ne voit l'erreur de cet aperçu? L'art. 924 entend, au contraire, que la réduction s'opérera en nature; il ne change rien à cette règle. Seulement, prévoyant un tout autre cas, il veut que le rapport puisse ne pas se faire en nature dans l'hypothèse qu'il prévoit. Il ne fait donc pas exception à la règle de retranchement en nature; il ne fait exception qu'à la règle du rapport en nature.

1007. D'autres ont pensé que l'art. 924 concerne le cas d'un héritier renonçant (4). Or, c'est tout le contraire : il est précisément fait pour le cas d'un héritier acceptant, do-

(1) M. Toullier, t. V, nos 134 et 135.
(2) Grenier, *Donat.*, t. IV, no 627. Toullier, t. V, nos 134 et 135.
(3) MM. Lescot, t. II, no 518, et Marcadé sur 924, no 1.
(4) MM. Maleville sur 924; Delvincourt, t. II, p. 248, note 9.

nataire par préciput. Si l'on est curieux, on peut voir d'autres efforts d'interprétation dans MM. Duranton (1), Dalloz (2), etc., etc., soit pour fixer le véritable sens de l'article 924, soit pour le coordonner avec l'art. 866. Quant à nous, nous croyons inutile de nous arrêter plus longtemps sur des conceptions trop clairement réfutées par l'évidence. L'art. 924 a un sens précis : il ne s'occupe pas d'une exception à la loi du retranchement en nature; il prévoit une difficulté relative au rapport en nature. Il ne porte pas son attention sur le retranchement de la portion disponible, mais bien sur la rétention de la légitime. Quant à l'art. 866, ce qu'il prévoit, c'est le retranchement à opérer sur la donation de la portion disponible, et appliquant à un immeuble difficile à partager la règle *major pars ad se trahit minorem*, il veut que le donataire rende ou garde la totalité de l'immeuble, suivant que la portion à retrancher excède ce qui devrait en être gardé ou lui est inférieur.

Telle est la vérité : tout le reste est de ces imaginations que l'on pourrait appeler *ægri somnia*.

1008. Comme les dispositions des art. 844, 859, 866 et 924 sont fondées sur des raisons d'égalité entre enfants et que, sous ce rapport, elles se lient à l'intérêt public, il n'est pas permis à un père d'y déroger par son testament, et de forcer ses héritiers du sang à subir les avantages qu'il voudrait faire, sous le rapport de la nature des biens, à l'enfant avantagé (3). Il ne saurait dépendre de la volonté du père de famille que l'un ait les bons héritages et l'autre les mauvais.

Le marquis de Netumières avait légué à un de ses enfants le quart disponible à prendre dans les terres de Netumières

(1) T. VII, n° 402.
(2) T. V, p. 436.
(3) Pothier, *Success.*, ch. 4, art. 2, § 8, p 191.

et des Rochers, avec faculté de retenir pour sa part héréditaire le surplus de ces terres, ajoutant que, si par là il y avait excès dans la libéralité, le donataire aurait le droit de rapporter en argent ou en moins prenant, ou même en choisissant, parmi les objets légués, ceux qu'il ne voudrait pas conserver. La cour de Rennes, par arrêt du 21 février 1834 (1), a pensé que cette disposition du testateur ne pouvait prévaloir sur les dispositions de la loi, et elle a prescrit aux experts de ne rien faire qui fût préjudiciable aux intérêts des réservataires.

1009. Ricard examine une question voisine de celle-ci (2). Elle consiste à savoir si le père peut ordonner que certains donataires seront dispensés de contribuer à la légitime, et charger les autres de fournir aux enfants leur portion en corps héréditaires. Ricard se décide pour l'affirmative, et son opinion doit être adoptée; car il y a une grande différence entre le cas précédent et celui qui nous occupe en ce moment. Dans la première espèce, il s'agissait de priver les enfants des corps héréditaires qui devaient être rapportés à la succession et de les réduire à de l'argent; ici il s'agit seulement de savoir s'ils pourront prendre leur réserve sur tel bien plutôt que sur tel autre.

1010. Observons, du reste, que lorsque l'art. 954 limite le droit de rétention au cas où les biens sont de même nature, il n'exige pas que les biens soient de la même espèce, champs pour champs, prés pour prés; il suffit qu'il y ait immeuble pour immeuble, bien que la culture soit différente (3).

(1) Dalloz, 34, 2, 161.
(2) P. 3, n° 1127.
(3) Caen, 16 mars 1839 (Dalloz, 39, 2, 198).

ARTICLE 925.

Lorsque la valeur des donations entre-vifs excédera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques.

SOMMAIRE.

1011. La règle de l'art. 925 est absolue, même au cas où les dispositions testamentaires seraient de date antérieure aux donations.

1012. Toutefois, les donations d'avancement d'hoirie ne rendent caduques les dispositions testamentaires qu'autant qu'elles constituent un emploi de la portion disponible.

COMMENTAIRE.

1011. Cet article est une conséquence de la préférence donnée aux donations sur les dispositions à cause de mort (1). Il est clair que le donateur ayant absorbé par des donations la portion disponible, ne laisse plus rien de disponible à sa mort, et que, par conséquent, aucune de ses dispositions testamentaires ne peut subsister. Lors même que le legs serait antérieur à la donation par sa date, il ne lui ferait aucun obstacle; car le legs ne prend un caractère fixe qu'au décès du disposant; jusque-là, il est soumis à la volonté ambulatoire du testateur.

1012. Si les donations entre-vifs excédant la portion disponible sont faites à des successibles qui se portent héritiers et sont, par conséquent, sujettes à rapport, il s'ensuit que l'art. 925 demeure sans application; car ces sortes de donations ne sont considérées que comme des dons faits en avancement d'hoirie, et le rapport les replace dans la réserve dont elles sont censées n'être pas sorties. Dès lors ces sortes

(1) Art. 923 C. Nap.

de donations n'ébrèchent en aucune façon la portion disponible et, par conséquent, le disposant est demeuré maître de donner à cette quotité de son patrimoine la destination qui lui a paru convenable. Les donations entre-vifs ne rendent caduques, en effet, les dispositions testamentaires qu'autant que ces donations constituent un emploi de la portion disponible. Mais elles ne peuvent produire ce résultat lorsqu'elles sont imputables sur la réserve dont elles ont fait jouir les légitimaires avant le temps.

Article 926.

Lorsque les dispositions testamentaires excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers.

SOMMAIRE.

1013. Dans les dispositions testamentaires, la réduction s'opère par contribution.

1014. Le Code ne distingue plus, comme le droit coutumier et le droit écrit, entre les legs universels et les legs particuliers.

1015. Dans l'art. 1009, le Code établit, il est vrai, une hiérarchie entre les legs; mais ce n'est qu'au cas où la légitime est payée.

COMMENTAIRE.

1013. Cet article établit la différence qui existe entre les donations entre-vifs et les dispositions testamentaires quant à la réduction. Les premières ne sont pas réductibles par contribution, ainsi que le dit l'art. 925; ce sont les donations qui ont la date la plus récente qui supportent la réduction,

jusqu'à ce que la réserve soit remplie. Mais il n'en est pas ainsi des legs; ils ont tous la même date : la mort du défunt. Ils font donc tous une brèche à la quotité réservée, et ils doivent être réduits par contribution proportionnelle, sans distinction de legs universels et particuliers.

1014. Il n'en était pas ainsi dans les pays coutumiers : on y considérait le legs universel comme le don du résidu des biens, toutes charges payées. Et comme par suite de cette idée, le légataire universel était chargé d'acquitter les legs particuliers, il s'ensuivait que la réduction portait sur le legs universel avant d'atteindre les legs particuliers, lesquels ne devaient contribuer qu'en sous-ordre (1).

Dans les pays de droit écrit, on avait une doctrine toute différente, et l'on y tenait pour constant que les legs particuliers devaient être épuisés avant d'attaquer le legs universel (2). C'était une conséquence du respect du droit romain pour l'institution d'héritier, respect qui avait fait rendre la loi falcidie.

On voit que le Code Napoléon n'a adopté ni la faveur du droit coutumier pour les legs particuliers, ni la faveur du droit romain pour le legs universel. Il met tous les legs sur la même ligne, sauf la volonté du testateur, que nous retrouverons pleinement réservée par l'art. 927. Il veut qu'ils soient réduits au marc le franc.

1015. Il est vrai que, d'après l'art. 1009, le légataire universel est tenu d'acquitter les dettes et legs particuliers ; mais le Code Napoléon, en conservant cette règle du droit coutumier, n'en tire pas, en ce qui concerne notre cas, la même conséquence que lui. Tant que la légitime n'est pas entièrement payée, le Code ne fait pas de distinction entre les

(1) Ricard, p. 3, nos 1109, 1110. Lebrun, 2, 3, 8, n° 3.
(2) Observations du Tribunat (Fenet, t. XII, p. 449).

legs; il les considère tous comme égaux. Ce n'est que lorsque la légitime est fournie dans son entier, qu'alors il s'établit une hiérarchie entre les legs, et que le legs universel demeure grevé de la charge des legs particuliers. Avant ce moment, la légitime grève toute la masse donnée; elle en est une dette privilégiée qui porte sur chacune de ses parties (1)

Article 927.

Néanmoins, dans tous les cas où le testateur aura expressément déclaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu; et le legs qui en sera l'objet, ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale.

SOMMAIRE.

1016. Le testateur est libre d'apposer telle condition que bon lui semble a ses libéralités testamentaires.

1017. Il suffit que sa volonté de préférer tel legs à tel autre ne soit pas douteuse; il n'est pas nécessaire qu'elle soit expressément déclarée.

COMMENTAIRE.

1016. Ici se place naturellement une exception à l'article précédent, fondée sur la volonté du testateur. Car celui-ci, en faisant des libéralités, est maître d'y apposer les conditions qu'il juge convenables (2).

1017. Mais est-il nécessaire que la préférence dont parle notre article soit expressément déclarée par le testateur? Je

(1) Grenier, n° 622.

(2) Discussion au conseil d'État (Fenet, t. XII, p. 350). Ricard, p. 3, n° 1113.

ne le crois pas d'une manière absolue. Bien que les préférences tacites ne doivent pas être admises facilement, cependant, lorsque la volonté du testateur les indique de manière à n'en pas douter, la raison veut qu'on les accepte. Les termes sacramentels ne sont pas de mise dans notre droit (1), et ce qui est dans les faits a autant de force que ce qui est dans les mots (2).

Par exemple, le legs qui est fait par forme de restitution, doit être acquitté de préférence aux autres; car, si le testateur devait réellement, le legs ne serait pas un don; s'il ne devait pas, en donnant à son legs la couleur d'une restitution, il a suffisamment déclaré sa volonté de le faire acquitter de préférence (3).

Ainsi encore, le legs qu'un père fait à un de ses enfants, avec clause expresse qu'il est destiné à lui tenir lieu de légitime, entraîne une préférence nécessaire sur les autres legs, lors même que l'enfant aurait déjà été rempli de sa légitime par d'autres biens donnés entre-vifs. En pareil cas, si les expressions du testateur ne sont pas parfaitement exactes, elles prouvent, du moins, que le testateur a voulu que ce legs passât avant les autres (4).

ARTICLE 928.

Le donataire restituera les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année; sinon, du jour de la demande.

(1) Lyon, 17 avril 1822 (Dalloz, 24, 2, 32). Rennes, 21 février 1834 (Dalloz, 34, 2, 161).

(2) Cassat., Req., 11 janvier 1830 (Dalloz, 30, 1, 58).

(3) Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 6, art. 24. Toullier, t. V, n° 160.

(4) Paris, 12 mars 1806 (Devill., 2, 2, 122).

SOMMAIRE.

1018. Il n'y a pas de légitime complète sans les fruits perçus depuis le décès. — Toutefois la loi exige que la demande soit intentée dans l'année.

1019. Différence entre les fruits de la chose sujette au rapport et les fruits de la chose sujette à réduction.

1020. L'obligation d'intenter l'action en réduction dans l'année, pour faire courir les fruits du jour du décès, est de droit étroit.

1021. Cette action intentée contre le donataire réfléchit-elle sur les tiers acquéreurs des biens donnés?

1022. Le donataire n'est, quant aux fruits qu'il doit restituer au légitimaire, qu'un simple débiteur de choses mobilières.

COMMENTAIRE.

118. La donation n'étant valable que pour l'équivalent de la portion disponible, il s'ensuit que tout ce qui reste de cette portion rentre dans la succession, dès le jour du décès, par l'effet d'un retranchement légal qui s'opère de plein droit. Par conséquent, les fruits de la portion restituée doivent être également restitués dès le jour du décès. La légitime est due, en principe, avec tous les fruits perçus par ceux qui en sont débiteurs (1); il n'y a pas de légitime complète sans les fruits échus depuis le décès.

Telle était aussi la règle dans l'ancienne jurisprudence : elle était essentielle et fondamentale.

Toutefois, l'art. 928 fait dépendre le cours des fruits d'une condition qui n'existait pas dans l'ancienne jurisprudence.

(1) Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 3, art. 5, § 6, 4e alinéa *in fine*. Furgole, quest. 37. Lebrun, 2, 3, 2, nos 1 et suiv. Merlinus, *De legitima*, l. 2, t. I, quæst. 1, no 3, dit : « *Legitima debita intelligitur, una cum omnibus illius fructibus ab hærede perceptis a die mortis testatoris..... Nunquam stare potest legitima sine fructibus. Et ratio, quia legitima est jus universale et propterea fructus eam augent.* » Voy. aussi no 30.

Il veut que la réduction soit demandée dans l'année, afin que les fruits courent rétroactivement du jour du décès.

Que si cette condition n'est pas accomplie, les fruits ne seront dus que du jour de la demande. Car alors le donataire est réputé avoir joui de bonne foi jusqu'au jour où la demande l'a instruit, et cette bonne foi peut lui servir de titre pour la perception des fruits. Par là, le Code Napoléon a modifié l'ancien droit, qui voulait que les fruits fussent dus malgré la bonne foi du possesseur (1).

1019. On aperçoit ici une différence entre les fruits de la chose sujette à rapport, et les fruits de la chose sujette à réduction. Les fruits de la chose sujette à rapport sont toujours dus à compter du jour de l'ouverture de la succession (2). On applique, d'une manière absolue, la maxime : « *Fructus augent hæreditatem* ». Mais les fruits de la chose sujette à réduction ne sont dus, à compter du jour du décès, que sous la condition exprimée par l'article 928.

La raison de cette différence est que l'héritier sujet à rapport connaît la valeur de son titre et ne peut pas s'abuser sur les obligations qu'il lui impose. Au contraire, le donataire, qui n'est passible que d'une simple réduction, peut ignorer, et ignore le plus souvent, l'obligation où il est de supporter une réduction qui dépend de l'insuffisance d'une succession dont les forces lui sont inconnues.

1020. L'obligation d'intenter l'action en réduction dans l'année est de droit étroit. Le légitimaire ne serait pas excusé,

(1) Merlinus, *loc. cit.*, n° 30.— Toutefois la règle ne s'applique qu'au donataire non successible et ne prenant pas part au partage. Le cohéritier qui détient une portion quelconque des biens de la succession autres que ceux dont il a été mis en possession par une donation ou par un testament avec attribution de préciput et dispense de rapport, doit toujours compte des fruits et revenus de cette portion de biens à partir du jour de l'ouverture de la succession. Bastia, 29 juin 1857 (*J. Pal.* 1859. p. 247).

(2) Art. 856 C. Nap.

en disant qu'il a ignoré le décès. L'héritier légitimaire est si intimement lié au défunt par les liens de famille, qu'il n'est pas facile de supposer qu'il aura ignoré, pendant plus d'un an, le décès d'une personne chérie. Dans tous les cas, la loi a voulu veiller aux intérêts des donataires de bonne foi. Il ne faut pas que la libéralité qui leur a été faite devienne pour eux l'occasion d'une ruine; ce qui ne manquerait pas d'arriver si on admettait des demandes tardives (1).

1021. Maintenant, il faut faire un pas de plus, et voir si l'action en réduction intentée dans l'année contre le donataire réfléchit sur le tiers détenteur qui a acheté de lui les biens donnés.

La négative est généralemet admise (2). Le légitimaire qui veut se protéger contre les tiers, doit également diriger son action contre le tiers détenteur, et, à l'égard de ce dernier, il n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande. L'article 928 ne parle que du donataire. On ne saurait l'étendre au delà. Les tiers détenteurs doivent être garantis contre des recours nuisibles à la propriété et funestes pour des personnes de bonne foi. Le légitimaire doit donc rester, à leur égard, dans le droit commun. Or, le droit commun est que le tiers de bonne foi fait les fruits siens et qu'il ne les doit que du jour de la demande (3).

1022. La dette des fruits constitue, au profit du légitimaire, une créance personnelle et ordinaire. Il n'a pas le droit d'exiger que le donataire lui abandonne en payement une portion de l'immeuble même. A la vérité, l'héritier qui pour-

(1) Delvincourt, t. II, p. 245, note 4. M. Dalloz, t. V, p. 457, n 58. M. Coin-Delisle sur l'art. 928, n° 4. M. Lescot, t. II, no 551.

(2) Merlinus, 2, 1, 1, n° 36. Lebrun, 2, 3, 12, n° 16. M. Grenier, t. IV, n° 633, M. Duranton, t. VIII, n° 376, etc.

(3) *Contra*, Delvincourt, t. II, p. 246, note 5.

suit un partage contre son cohéritier peut demander que des immeubles lui soient abandonnés à titre de restitution des fruits héréditaires perçus à son préjudice. La raison en est que le cohéritier a joui pour l'hérédité et non pour lui seul, ce qui ajoute beaucoup de force à la règle : *fructus augent hæreditatem*. Au contraire, le donataire a joui pour lui-même et en vertu de son titre exclusif (1).

On peut opposer à cette décision que les fruits de la légitime ne sont pas dus *ratione moræ*, mais qu'ils sont dus *jure dominii, seu usus rei debitæ* (2); que, de même que les jurisconsultes ont dit : *fructus augent hæreditatem*, ils ont dit *fructus augent legitimam* (3). Ce point est incontestable : mais il n'empêche pas que le donataire n'ait joui d'une manière exclusive et pour son propre compte, et qu'il ne soit qu'un simple débiteur de choses mobilières et non de choses immobilières. C'est cette jouissance exclusive qui différencie surtout ce cas de celui de l'héritier qui a joui pour l'hoirie et tous ses cohéritiers.

ARTICLE 929.

Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction le seront, sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire.

SOMMAIRE.

1023. Application du principe : « *Resoluto jure dantis resolvitur jus* » *accipientis* ».

1024. Justification de ce principe.

(1) Poitiers, 27 janvier 1839 (Dalloz, 39, 2, 203).
(2) Merlinus, 2, 1, 1, n° 25.
(3) Id., 2, 1, 1, n° 30.

1025. *Quid* lorsque la donation a été faite sous forme de contrat onéreux? — Examen d'un arrêt de la cour de cassation sur cette question.

1026. Suite.

COMMENTAIRE.

1023. Comme le droit du donataire se résout *ex causa antiqua et primæva*, c'est-à-dire en vertu d'une cause inhérente au titre même de la donation, il s'ensuit que les charges imposées par le donataire sur la portion retranchée, que les hypothèques concédées par lui, que les servitudes dont il l'a grevée, tombent par l'effet du retranchement. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Le réservataire ne doit souffrir aucun préjudice de ces charges; sans quoi sa légitime ne serait pas intacte et le retranchement ne produirait pas ses conséquences légitimes. Nous verrons, par l'article suivant, que les aliénations faites par le donataire sont également résolubles par l'action du légitimaire.

1024. Ce principe est rigoureux pour les tiers. Mais le contraire serait encore plus rigoureux pour les enfants. Les tiers ont pu se prémunir. Le titre de donation les a avertis; ils ont pu savoir ce qu'il y avait de fragile dans le gage qui leur a été offert. Au contraire, les enfants n'ont pu prendre aucune précaution; la loi n'est que juste en leur assurant l'exercice entier de leur droit.

1025. Il faut convenir, cependant, que la situation des tiers devient très-embarrassante lorsque la donation est faite sous forme de contrat onéreux, et que, par conséquent, ils ont été autorisés à voir dans l'acquéreur apparent un propriétaire dont le droit n'était pas limité. Faut-il assimiler ceux qui ont reçu leurs hypothèques de cet acquéreur apparent, aux créanciers qui ont consenti à asseoir leur gage sur une chose ouvertement donnée? Ne sera-ce rien que leur

bonne foi, fondée sur une possession certaine et sur des titres non contredits? On sent que le crédit privé est blessé par cette assimilation, et l'on a cherché des raisons de droit pour la faire évanouir.

Une fraude a été commise, a-t-on dit; le donateur en est le coupable principal, et les tiers de bonne foi, qui en sont victimes, ont le droit de la reprocher à ses héritiers, responsables de ses faits. Ils opposeront donc une fin de non-recevoir insurmontable à leur action en réduction. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la chambre des requêtes du 16 décembre 1826, au rapport de M. Pardessus (1).

J'ai critiqué ailleurs cet arrêt (2) avec une vivacité que je trouve trop grande, mais par des raisons qui me semblent encore bonnes aujourd'hui. Les art. 929 et 2125 du Code Napoléon sont tellement généraux et absolus; ils proclament si énergiquement la règle, *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qu'il n'est pas possible de se retrancher dans la bonne foi des tiers pour y apporter une exception. Que la donation soit directe, qu'elle soit indirecte et simulée, qu'importe aux réservataires? Sont-ils moins frustrés dans le droit qu'ils tiennent de la nature? Est-ce parce que le tort qui leur est fait a été plus habilement pratiqué, qu'il doit leur être plus difficile d'en obtenir la réparation? On objecte que la fraude de leur auteur doit retomber sur eux, et non sur les tiers qui en souffrent injustement. Je n'adopte pas cette raison; les enfants ne sont pas moins tiers que les personnes les plus étrangères, pour faire tomber tous les actes qui portent atteinte à leur légitime. Le droit de légitimité, ils le tiennent de la nature, et non du défunt; ils sont armés par la loi de tous les moyens de le faire respecter,

(1) Dalloz, 27, 1, 95, 96. Devill., 8, 1, 486.
(2) Mon comm. des *Hypothèques*, t. II, n° 468 *bis*.

malgré les actes quelconques de leur père, tout aussi bien que s'ils étaient *penitus extranei*. Et ce n'est pas parce que leur père, trompé, égaré, a enveloppé dans des moyens tortueux le préjudice qu'il leur a causé, qu'ils doivent se trouver gênés dans la liberté de leur action. On prétend que les tiers sont plus favorables que les enfants, parce que les derniers *certant de damno vitando*, tandis que les premiers *certant de lucro captando* (1). Mais rien n'est encore plus faux. Les enfants sont créanciers pour leur légitime; la légitime est la plus sacrée de toutes les dettes, et quand, privés de ce droit de la nature, ils agissent pour la réparation de cette injustice, *certant de damno vitando* (2).

1026. Au surplus, je reconnais que, dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait des circonstances fort atténuantes. L'action en réduction avait été intentée très-tardivement; on avait laissé l'acheteur apparent jouir pendant nombre d'années, sans le troubler, sans restituer à son titre son véritable caractère lucratif; en sorte qu'il pouvait y avoir, de la part des légitimaires, une négligence de leurs droits qui avait pu donner aux tiers la confiance que tout était sincère dans la possession de celui avec qui ils traitaient. Mais, à part ces faits particuliers, qui donnent à l'arrêt en question la couleur d'un arrêt d'espèce, je maintiens que l'art. 929 ne fait pas de distinction, qu'il s'applique aux donations déguisées tout aussi bien qu'aux donations patentes et directes, et que le légitimaire ne doit pas souffrir du surcroît de ruse qui a été employé pour le tromper (3).

(1) M. Dalloz, *loc. cit.*

(2) Furgole, quest. 37, n° 26 et quest. 10, n° 23.

(3) *Junge* Tarrible, Rép., *Hyp.*, sect. 2, § 3, n° 5. MM. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. IV, n° 629; Coin-Delisle sur 929, 930, n° 16; Vazeille sur 929, n° 2; Lescot, t. II, n° 557; Paul Pont, *Priv. et Hyp.* n° 646,

ARTICLE 930.

L'action en réduction ou revendication pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes, et discussion préalablement faite de leurs biens. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente (1).

SOMMAIRE.

1027. De l'action dite : *Personalis in rem scripta.*
1028. Pourquoi cette action n'est recevable qu'après discussion préalable des biens des donataires?
1029. L'art. 930, en exigeant cette discussion, fait exception à la règle que la légitime doit se payer en corps héréditaires.
1030. Les conditions de l'art. 2023 ne sont pas exigées pour cette discussion.
1031. Le tiers acquéreur peut offrir au légitimaire une somme d'argent au lieu du corps héréditaire qu'il détient.
1032. Le légitimaire est tenu d'observer, dans sa discussion à l'égard des tiers détenteurs, l'ordre des donations, en remontant des plus récentes aux plus anciennes.
1033. Le tiers détenteur peut invoquer la prescription de 30 ans à partir du décès du donateur.
1034. Pourquoi il ne pourrait prescrire par dix ans avec titre et bonne foi.
1035. *Quid* à l'égard de la prescription, si le donataire n'avait vendu la chose donnée que depuis le décès du donateur?

COMMENTAIRE.

1027. L'art. 930 nous conduit au cas où le donataire a aliéné les biens donnés et sujets à réduction. Ce que nous

(1) Furgole sur l'ord. de 1731, art. 34. Pothier, *Donat.*, p. 326.

avons dit, en commentant l'article précédent, fait pressentir la solution de cette seconde question. L'héritier à réserve a une action en réduction ou en revendication contre les tiers détenteurs. Cette action est de celles qu'on appelle, en droit, *personalis in rem scripta* (1). Elle s'exerce contre les tiers; elle suit entre leurs mains les choses héréditaires (2). Sur ce point les acquéreurs ne sauraient être de meilleure condition que leurs auteurs (3).

1028. Toutefois, elle n'est recevable qu'autant que le légitimaire a discuté préalablement les biens des donataires, et qu'il n'a pas trouvé de quoi se payer (4). Ce tempérament est équitable. Il ne faut pas troubler, sans nécessité, des possessions acquises; les donataires doivent servir de rempart aux tiers qui ont acheté de bonne foi. Ils doivent donc être discutés, même dans leurs biens personnels (5).

La vente peut avoir épuisé tous les biens donnés; le prix que l'acquéreur a payé représente, dans les mains de son vendeur, une valeur qui doit être recherchée avant qu'il ne soit inquiété.

1029. Vainement dirait-on que la légitime est une quote de l'hérédité, et que les légitimaires ont droit à tous les effets héréditaires. Il y a du vrai dans cette objection; mais la loi n'a pas voulu pousser jusqu'au *summum jus* les priviléges de la légitime. En règle générale et en équité, on ne souffre pas que le légitimaire demande le morcellement des

(1) Merlinus, *De legitimâ*, 5, 4, 6, n° 2. Peregrinus, *De fideic.*, art. 36, n° 153. Duplessis, t. I, p. 206.

(2) Bourjon, t. I, p. 881. n° 77. Duplessis. *loc. cit.*

(3) L. 32, § 1, D., *Ad S. C. Vellei.* Furgole, *loc. cit.*

(4) Lebrun, 2, 3, 12, n° 16, cite un arrêt du parlement de Toulouse qui le décide ainsi, et qui est rapporté par Papon, liv. 20, t. VII, an. 8. Quant à lui, il repoussait le bénéfice de discussion, mais à tort. Furgole, *loc. cit.*

(5) Le tribun Jaubert (Fenet, t. XII, p. 592).

biens afin d'avoir une portion de chaque effet. La légitime est une charge de l'hérédité et non de chaque effet en particulier, et le légitimaire doit être satisfait quand il trouve au pouvoir de l'héritier d'abord et des donataires ensuite, des biens héréditaires suffisants pour qu'il soit payé (1). Voilà une première vérité qui est incontestable. Mais il faut aller plus loin : il faut dire que, pour sauver le tiers détenteur d'un recours ruineux pour le crédit et pour lui-même, le légitimaire doit se contenter des biens quelconques que la discussion lui fait trouver dans la main du donataire à la place des biens héréditaires (2). C'est là une exception à la règle que la légitime doit se payer en corps héréditaires.

1030. La discussion dont il est question dans notre article n'est pas soumise aux conditions de l'art. 2023 du Code Napoléon. Ainsi c'est l'héritier qui doit appuyer son action contre le tiers détenteur sur une discussion préalable; ainsi le tiers détenteur n'est pas chargé de l'avance des frais; ainsi la discussion n'est pas limitée aux biens situés dans le ressort de la cour d'appel (3).

1031. Lorsque la discussion n'a rien produit, l'acquéreur doit subir l'action réelle du légitimaire, et se résigner au retranchement ou à la dépossession.

Mais, comme le donataire exonère l'acquéreur en payant, à la place de la chose qu'il n'a plus, une somme d'argent représentative de cette chose, il s'ensuit que l'acquéreur est également fondé à offrir au légitimaire une somme d'argent au lieu du corps héréditaire qu'il détient (4). Ce sont là deux

(1) Furgole, sur l'art. 34 de l'ord. *des Donations*.

(2) M. Grenier, t. IV, nos 630 et suiv.; Touiller, t. V, no 152; Duranton, t. VIII, no 374, etc.

(3) M. Bayle-Mouillard, t. IV. no 671.

(4) MM. Bayle-Mouillard, t, IV, no 631 ; Duranton, t. VIII, no 373; Zachariæ, t. V, p. 174, 175; Lescot, t. II, no 566.

points qui se lient intimement. N'est-il pas vrai que le réservataire aurait dû se trouver content, si le donataire lui avait payé la valeur estimative des biens aliénés? Pourquoi donc ne serait-il pas satisfait, lorsque le tiers détenteur lui offre cette même valeur?

1032. Les légitimaires ne pouvant attaquer les donations antérieures qu'après avoir épuisé les donations postérieures, il s'ensuit qu'ils devront suivre le même ordre dans leurs actions contre les tiers acquéreurs. Il faudra donc discuter d'abord le dernier donataire et ses acquéreurs; puis, si la légitime n'est pas remplie, on recourra au précédent donataire et à ses acquéreurs pour ce qui manque, et ainsi de suite en remontant jusqu'à ce que la légitime soit complète (1).

1033. Du reste, la prescription de trente ans met le tiers détenteur à l'abri de l'action du légitimaire (2). Mais il est à remarquer que cette prescription ne court pas du vivant du donateur (3). Car le légitimaire n'a pas d'action tant que la succession du donateur n'est pas ouverte; c'est l'ouverture de la succession qui donne ouverture à l'action (4).

Il est vrai que le fils a, du vivant de son père, un droit naturel sur ses biens pour sa légitime. La glose dit très-bien : *Hoc erat debitum antequam moreretur testator* (5). Mais ce droit est plutôt passif qu'actif tant que le père n'est pas décédé. Comment le fils aurait-il le droit d'agir du vivant de son père, sans manquer à ce dernier, sans se rendre coupable d'irrévérence? Il existe un arrêt du 19 décembre 1583,

(1) Furgole sur l'art. 34 de l'ord. *des Donations.*

(2) Duplessis, *loc. cit.*

(3) Duplessis, *loc. cit.*

(4) Lebrun, 2, 3, 12, nos 4, 5 et suiv. *Junge* Ricard, part. 1re, no 1005; M. Zachariæ, t. V, p. 179.

(5) Sur l'authent. 1, *De hæred. et falcid.*

qui obligea un fils à demander pardon à son père pour avoir exigé de lui une légitime (1).

1034. Le tiers détenteur ne trouverait pas plus de soutien dans la prescription décennale avec titre et bonne foi. A la raison que nous venons de donner et que nous tirons de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*, il faut ajouter ici que l'acquéreur a dû savoir que le patrimoine du père, d'où procède l'immeuble, était inaliénable à titre gratuit, jusqu'à concurrence de la légitime. Il est en faute « de » n'être pas entré dans le défaut du titre de son vendeur (2)».

1035. Mais que devrait-on décider si le donataire n'avait vendu que depuis le décès du donateur? Le tiers détenteur, qui aurait titre et bonne foi, pourrait-il opposer la prescription de dix ans?

Bourjon se prononce pour la négative : « Le tiers déten- » teur, dit-il, doit s'imputer d'avoir acquis de celui qui ne » pouvait vendre l'héritage entier qu'il lui vendait, et dont » la propriété en la personne de ce vendeur n'était pas in- » commutable, n'en pouvant aliéner qu'une partie, en sorte » qu'il restât assez pour fournir la légitime à ceux qui au- » raient droit de la demander (3) ».

Cette opinion est trop sévère et trop oublieuse des principes. Elle ne saurait être suivie (4). Depuis l'ouverture de la succession le fils a pu agir. Pourquoi est-il resté dans l'inaction pendant dix et vingt ans? Nous supposons ici que l'acheteur est de bonne foi et, certes, on conçoit à merveille qu'il a pu ignorer le vice de la chose (5) et se croire propriétaire

(1) Lebrun, *loc cit.*, no 8.

(2) Lebrun, *loc. cit.*, no 12.

(3) T. I, p. 881, no 77.

(4) Art 2265. MM. Grenier, t. IV, no 632; Duranton, t. VIII, no 369; Zachariæ, t. V, p. 179.

(5) Mon comm. de la *Prescription*, t. II, nos 923 et suiv.

à l'abri de son titre (1). D'ailleurs la bonne foi se suppose toujours (2), et elle peut être ici d'autant plus vraisemblable que l'acheteur, en traitant avec le donataire d'un homme décédé au moment de l'acquisition, a pu croire, suivant les circonstances, que sa succession était partagée et que ses enfants étaient remplis de leurs légitimes. Or, en pareil cas, l'ignorance de l'acheteur est plus favorable que la négligence du légitimaire (3).

(1) Voy. mon commentaire de la *Prescription*, no 519.
(2) Id., no 927.
(3) Id., nº 926.

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION I.

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE 931.

Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats et il en restera minute, sous peine de nullité.

SOMMAIRE.

1036. La donation, quoique du droit naturel, emprunte au droit civil des formes essentielles.
1037. Formes de la donation en droit romain.
1038. De l'état de la jurisprudence en France sur ce point avant l'ordonnance de 1731. — Effet de cette ordonnance.
1039. Mais l'ordonnance ne s'étendait pas aux dons manuels.
1040. L'art. 931 a reproduit la disposition de cette ordonnance.
1041. Il a consacré aussi la même exception quant aux dons manuels.
1042. Et peu importe la valeur des dons manuels. — Rapprochement entre la donation manuelle et le dépôt.
1043. On ne saurait transformer une donation manuelle en un dépôt.
1044. De l'indivisibilité de la déclaration du possesseur attaqué comme dépositaire et qui se prétend donataire pur et simple.

1045. Examen d'un arrêt du parlement de Bordeaux cité comme contraire à cette solution.

1046. Suite.

1047. Arrêt du parlement de Paris qui pose nettement le principe.

1048. Sous le code, les art. 2279, 1926 et 1356 ne laissent plus de doute sur l'indivisibilité de la déclaration.

1049. Arrêt de la cour de Paris.

1050. Ne pourrait-on pas cependant diviser la déclaration du possesseur qui se prétend donataire et qui est attaqué comme dépositaire, si cette déclaration était par trop invraisemblable?

1051. *Quid* si le possesseur était attaqué comme mandataire? — Arrêt de la cour de Paris.

1052. *Quid* dans le cas où le don manuel a été fait à un tiers par une sorte de fidéicommis?

1053. Le don manuel perd son efficacité lorsqu'il dégénère en une donation à cause de mort. — Examen de l'arrêt rendu sur cette question dans l'affaire des manuscrits de Chénier.

1054. Toutefois le don d'un manuscrit peut n'être pas réputé *à cause de mort*, bien que le droit de publier soit différé après la mort du donateur.

1055. Si la remise du manuscrit est constatée par lettre, l'écrit fixera le caractère de l'acte.

1056. On peut donner manuellement toutes sortes d'objets mobiliers.

1057. Quant aux titres de rentes, actions, billets, etc., il ne suffira pas de la remise; il faudra en outre que les formalités propres à la transmission de ces titres aient été remplies.

1058. S'il s'agit d'un effet négociable, l'endossement en blanc sera suffisant pour la transmission de propriété.

1059. *Quid* si le titre n'est pas négociable?

1060. Le transfert d'une rente sur le grand-livre, fait sur la tête de celui à qui on veut la donner, opère-t-il donation sans qu'il soit besoin d'avoir recours à d'autres formalités? — Jurisprudence.

1061. Suite.

1062. Le transfert suffit, avec les formes ordinaires, pour prouver la transmission de propriété.

1063. Pourquoi une donation sous seings privés, déposée chez un notaire, enregistrée et transcrite au bureau des hypothèques, ne serait d'aucune valeur.

1064. Le donateur qui aurait confirmé et même exécuté une pareille donation pourrait toujours la faire annuler.

1065. Il n'en est pas de même à l'égard des héritiers et ayants cause du donateur dans l'intérêt desquels les formalités de la donation ont été introduites.

1066. Ils peuvent attaquer les vices de forme de la donation, malgré même l'exécution qu'y a donnée leur auteur.

1067. Les règles prescrites par la loi sur la forme de la donation sont de rigueur.

1068. De l'état estimatif exigé par l'art. 948. — Renvoi. — Le donateur, après la délivrance des meubles, pourrait-il invoquer le défaut d'état estimatif?

1069. Des donations avec charges. — Distinctions à faire.

1070. Les actes qui ne sont donations qu'imparfaitement, et qui se placent dans la catégorie des contrats innommés, ne sont point astreints aux formalités de l'art. 931.

1071. Si l'acte tient tout à la fois de la donation et du contrat à titre onéreux, il n'est pas nécessaire de le faire dans la forme des donations.

1072. Il en est différemment si la charge imposée au donataire est une de ces charges toujours sous-entendues dans toute donation.

1073. En matière de donation rémunératoire, la question de forme dépendra du point de savoir si l'acte est moins une donation qu'une dation en payement.

1074. Si l'acte n'a pour cause qu'un sentiment de reconnaissance agissant dans le for intérieur, il n'y aura qu'une donation ordinaire sujette aux formes des donations.

1075. Une donation faite pour l'accomplissement d'une obligation naturelle peut être assimilée aux donations rémunératoires pour services appréciables.

1076. Les remises de dettes peuvent être faites de toutes sortes de manières. — Cependant un arrêt de la cour de Paris applique à une remise de dette par fidéicommis les principes du dépôt.

1077. Arrêt de cassation sur la même question.

1078. Le débiteur doit prouver la remise de la dette qu'il invoque, si la cause de la quittance est reconnue fausse.

1079. La renonciation à une prescription acquise est exempte des formalités de la donation.

1080. Il en est de même du cautionnement d'une dette.

1081. Ainsi que des libéralités indirectes stipulées comme charges d'un contrat principal.

1082. La donation d'une chose disponible, faite à un donataire capable sous forme de contrat onéreux, est-elle valable ?

1083. De l'acceptation de la donation. — Renvoi.

1084. La procuration en matière de donation doit être revêtue de la forme authentique.

1085. Il en est de même de l'autorisation donnée à la femme par le mari.

1086. Durée de l'action en nullité pour vice de forme.

COMMENTAIRE.

1036. Nous avons dit ci-dessus (1) que, quoique la donation soit du droit naturel, elle emprunte cependant au droit civil des formes essentielles que le législateur a voulu lui imposer à cause de son importance. Bien que l'homme ne soit pas naturellement porté à se dépouiller de son vivant, il y a cependant des circonstances nombreuses où il faut craindre, de sa part, une facilité trop grande et une générosité irréfléchie. C'est pour le sauver de cette faiblesse que le législateur a cru nécessaire de faire intervenir, dans les donations entre-vifs, un certain nombre de formalités solennelles de nature à retarder sa précipitation, à provoquer des réflexions sérieuses. Il a voulu aussi donner aux donations une stabilité irrévocable et les mettre à l'abri des fraudes praticables avec les actes sous seing privé.

C'est de ces formalités que le Code va s'occuper dans notre section, formalités qui rattachent la donation au droit civil, bien qu'au fond, et par son principe, elle appartienne au droit naturel. Mais, avant de nous livrer à l'étude des dis-

(1) Nos 10, 11, 512, 516.

positions de l'art. 931, il convient de donner des détails sur la législation qui a précédé.

1037. L'ancien droit romain avait assujetti la donation entre-vifs à des formes sur lesquelles nous avons déjà jeté un coup d'œil (1). On se rappellera que, par la loi Cincia, les choses de mancipation ne pouvaient être données qu'avec les solennités de la mancipation (2); que les choses *nec mancipi* ne pouvaient être données qu'avec la tradition, mais sans autre formalité. Les donations de choses *mancipi* étaient parmi ce qu'il y avait, dans le droit romain, de plus solennel et de plus civil. Au contraire, les donations de choses *nec mancipi*, parfaites par la seule tradition, appartenaient en entier au droit naturel (3).

Constantin établit un droit nouveau (4). Sans distinguer entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, il voulut que toute donation fût rédigée en acte, qu'elle fût accompagnée de tradition, en présence de nombreux témoins, *advocata vicinitate*, et qu'elle fût insinuée à peine de nullité; le tout afin d'éviter les fraudes, les surprises et les violences : *Ad excludendam vim atque irruptionem* (5).

Peu à peu toutes ces formalités tombèrent en désuétude, excepté l'insinuation. Enfin Justinien fixa le dernier état des choses, en décidant que la donation pourrait valoir par la nue convention, sans tradition ou sans stipulation (6). C'était mettre la donation sur le même pied que la vente et autres contrats du droit des gens (7). Toutefois, Justinien voulut

(1) *Supra*, n° 516.

(2) Les fragm. du Vatican ont jeté du jour sur ce point de droit, *De donat. ad legem Cinciam*, §§ 226, 313.

(3) *Supra*, n° 520.

(4) *Supra*, n° 521.

(5) L. 1, C. Theod., *De donat.*

(6) L. 35, C., *De donat.*

(7) *Supra*, n° 522.

que si elle excédait 500 solides, elle fût assujettie à l'insinuation. Les auteurs doués d'un esprit critique ont blâmé Justinien d'avoir mis tant de relâchement dans le système des donations (1). L'expérience du cœur humain ne l'a pas guidé, en effet, dans ses règlements, et il n'a pas montré la prévoyance du législateur.

1038. Avant l'ordonnance de 1731, il n'y avait rien de bien positif, en France, sur les formalités des donations entre-vifs. Les uns croyaient qu'il n'était pas nécessaire qu'il en fût rédigé un acte notarié, parce qu'aucune loi ne l'exigeait ; qu'il suffisait que l'écrit fût signé du donateur et du donataire, et insinué avant la dernière maladie du premier (2). D'autres rejetaient cette opinion comme pouvant engendrer de nombreux abus (3). En effet, disaient-ils, il est nécessaire que la donation soit absolument irrévocable, et qu'il ne dépende pas des parties de la rendre inutile ; or, cela pourrait arriver si la donation n'avait été faite que sous seing privé, quoiqu'elle eût été insinuée.

L'article 1 de l'ordonnance de 1731, frappé de ce danger, voulut que les donations entre-vifs fussent faites par acte public, à peine de nullité (4). « Le motif de cette loi, » dit Pothier (5), a été d'empêcher les fraudes, et qu'il ne » fût pas au pouvoir du donateur de faire des donations » qu'il fût le maître de révoquer pendant sa vie, en retenant » par devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre

(1) « *Quoniam*, dit Cujas, *juris auctorum mos est vetustissimus ut dona-* » *tiones facile non admittant non temere approbent*. » (Quest. Papin, lib. 29, *Ad leg.* 27, *De donat.*) M. Toullier semble trouver, au contraire, que cette simplicité de formes est une amélioration (t. V, n° 169).

(2) Ricard, part. 1, nos 881, 882. Ferrières *sur Guy Pape*, *quest.* 222.

(3) Ricard, *loc. cit.* n° 883.

(4) Furgole sur cet article. D'Aguesseau, lettre 290, t. IX, p. 331, d'après l'esprit de la loi 25, *C.*, *De donat.*

(5) *Donations*, sect. 2, art. 4; et *sur Orléans*, t. XV, *Introd.*, n° 28.

» les mains d'une personne affidée qui aurait ordre de ne le » remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou » lorsque le donateur le jugerait à propos. C'est pour ôter » ce moyen au donateur que l'ordonnance veut qu'il » reste une minute de la donation entre les mains d'un » notaire, personne publique dont le donateur ne puisse » être le maître. Sans cela, les donations sont suspectes de » n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos » lois dans les donations entre-vifs ; et par la raison de cette » suspicion, elles sont déclarées nulles. »

1039. Mais l'ordonnance n'étendait pas son effet aux donations de choses mobilières, lorsqu'il y avait tradition réelle : en ce cas, il n'y avait besoin d'aucun acte (1).

1040. Notre article 931 est la reproduction de l'ordonnance de 1731. Tout acte de donation doit être fait, à peine de nullité, dans la forme ordinaire des contrats notariés et il doit en être gardé minute. Un acte par lequel un individu se dépouille de son vivant ne saurait être environné de trop de précautions ; il ne saurait avoir trop de stabilité et d'autorité (2). Il serait donc nul, s'il n'était pas reçu par deux notaires conjointement, ou par un notaire en présence de deux témoins (3). On sait cependant que la présence du notaire en second ou des deux témoins n'est nécessaire qu'au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature par les parties. Elle doit être mentionnée à peine de nullité (4).

1041. De ce que tout acte portant donation doit être rédigé dans la forme qui vient d'être dite. il ne s'ensuit pas

(1) Pothier, *Donations, loc. cit.* Orléans, *loc. cit.*, n° 28. Furgole sur l'art. 1 de l'ord., § *Tout acte*. D'Aguesseau, *loc. cit.*

(2) Mon comm. du *Contrat de mariage*, t. 1, n° 484.

(3) L. du 25 ventôse an XI, art. 8, 20, 68, et loi du 21 juin 1843, art. 2.

(4) Loi du 21 juin 1843, art. 2.

que toute donation doive être nécessairement rédigée en acte. Il y a des donations qui peuvent se passer de l'écriture ; telles sont les donations de choses mobilières accompagnées de tradition présente. Elles sont parfaites de la main à la main, en vertu de l'article 2279 du Code Napoléon. Il n'a pas été dans la pensée de notre article de s'écarter, sur ce point, de la jurisprudence consacrée par l'ordonnance de 1731 ; l'article 931 a entendu, au contraire, s'y conformer pleinement (1).

En effet, notre article, conforme à l'ordonnance de 1731, ne dit pas que toute donation doit nécessairement être rédigée par écrit ; il dit seulement que, dans le cas où on rédigerait un acte de cette donation, il faut, à peine de nullité, que cet acte soit revêtu des solennités ordinaires des contrats (2).

Or, la donation de choses mobilières étant entièrement consommée lorsque la tradition a lieu, il n'y a nulle nécessité de la rédiger par écrit, puisqu'en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279). On se fait journellement entre amis des cadeaux qui ont plus ou moins de valeur, et qu'il serait ridicule de vouloir astreindre à la nécessité d'une rédaction solennelle (3).

1042. Mais ce n'est pas seulement pour le cas de dons modiques que les dons manuels sont valables. Ils sont admis en jurisprudence, lors même que la valeur en serait considérable, pourvu qu'ils soient exempts de fraude (4). On a cependant prétendu, sur l'autorité du chancelier d'Aguesseau, que la validité des dons manuels doit être restreinte au cas

(1) L. 8, C., *De oblig. et action.*

(2) D'Aguesseau, *loc. cit.* M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 86. M. Toullier, t. V, n° 172. Ferrières *sur Paris*, t. XIII, § 2, n° 55.

(3) Les dons manuels s'appelaient quelquefois *dons de main-chaude* dans l'ancien droit.

(4) Rouen, 24 juin 1845 (Devill., 46, 2, 105).

de dons de meubles ou sommes modiques (1). Mais on abuse d'une phrase de l'illustre chancelier, qui, n'ayant pas à résoudre précisément la question, n'a rien pu dire qui soit de nature à la juger (2). Il énonce avec raison que les dons de choses mobilières modiques, qui se consomment par la tradition et sans actes, ne sont pas soumis à l'ordonnance : rien n'est plus vrai. Mais il ne faut pas en conclure, par un argument *a contrario* souvent fautif, que les dons manuels de sommes importantes doivent nécessairement être soumis aux formalités des actes solennels et notariés (3).

Inutilement dirait-on que le dépôt doit être prouvé par écrit (1923, Code Napoléon), et qu'il n'est pas raisonnable de vouloir que la donation, laquelle confère un droit plus fort, puisse se passer d'un titre écrit. Cette objection manque de justesse : le dépôt laisse à sa suite des actions qui doivent s'appuyer, dans leur exercice, sur un titre probant. Le déposant veut retirer le dépôt : c'est son droit. Mais comment pourrait-il le manifester aux yeux de la justice, s'il n'avait pas un titre en main? Au contraire, la donation consomme la négociation ; elle dépouille irrévocablement le donateur. Ce dernier, dessaisi par la tradition effectuée, n'a plus rien à réclamer, tandis que le donataire, investi de la possession, a en sa faveur le titre virtuel dont l'art. 2279 du Code Napoléon est la consécration.

1043. On a souvent cherché à transformer les dons ma-

(1) Lettre précitée.

(2) Voy., sur le don manuel, une dissertation de M. Devilleneuve, 5, 1, 122.

(3) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 2, § 7, et Quest. de droit, v° *Donation*, § 6. M. Grenier, n° 176, t. II, p. 90, avec les notes de M. Bayle-Mouillard. M. Zachariæ, t. V, p. 62, 63. « Les dons manuels, disait le » tribun Jaubert, ne sont susceptibles d'aucune forme. Il n'y a là d'autres » règles que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport dans les » cas de droit. » (Fenet, t. XII, p. 598).

nuels en dépôt, en s'appuyant sur des présomptions humaines, propres à leur enlever le caractère de libéralité. Pour arriver à ce résultat, on a dit : le don manuel ne réside pas seulement dans la possession, il réside aussi dans l'intention de donner. Or, si l'intention de donner n'est pas prouvée, le don manuel s'évanouit, et il ne reste plus qu'un dépôt restituable au prétendu donateur ou à ses héritiers.

Mais rien n'est plus dangereux que de se jeter dans des appréciations fugitives, où les présomptions combattent les présomptions, et où l'on ne trouve que le doute en cherchant la certitude. Il vaut mieux s'en rapporter aux textes et aux principes. Ce sont les guides les plus assurés.

Or, l'art. 1924 du Code Napoléon porte que lorsque le dépôt, étant au-dessus de 150 fr., n'est pas prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution (1). Voilà pourquoi il a été positivement jugé par arrêt de la cour de cassation, du 18 mars 1807 (2), qu'on ne peut pas, par de simples présomptions, affaiblir la foi due à celui qui est attaqué comme dépositaire, lorsqu'il nie le fait du dépôt non prouvé par écrit. Sa déclaration a une autorité entière. Le propriétaire de la chose a suivi sa foi, il s'en est remis à sa parole et à sa conscience ; c'est de cette parole que dépend le jugement de la difficulté (3).

1044. De là, il suit, pour tous les esprits attentifs et pour les magistrats scrupuleux observateurs du droit, que la déclaration du possesseur qui se dit donataire pur et simple ne doit pas être divisée, conformément à l'art. 1356 du Code Napoléon, et qu'elle doit être crue conformément à l'article

(1) Mon comm. du *Dépôt*, nº 50.
(2) Devill., 2, 1, 361.
(3) Mon comm., *loc. cit.*, où je cite Danty.

1924 du même Code. Je sais qu'il arrive quelquefois que, par une équité mal placée, le juge cherche à atténuer cette déclaration en la divisant et en la combattant par d'autres présomptions. Les art. 1356 et 1924, fortifiés par l'art. 2279 du Code Napoléon, s'opposent à cet arbitraire (1). On peut voir ce que nous avons écrit là-dessus dans notre commentaire *Du contrat de dépôt*, n° 58 et suiv. Le juge ne peut convertir en dépôt la tradition que le possesseur déclare être une donation, sans se mettre au-dessus des présomptions de la loi et des plus sages prévisions (2). Si le propriétaire avait voulu ne faire qu'un dépôt, il en aurait retiré un écrit. Ne l'ayant pas fait, on suppose qu'il a voulu faire autre chose. En tout cas, s'il y a violation du dépôt, il faut en laisser la vengeance à Dieu, comme dit Brodeau (3), et le déposant ne peut s'en prendre qu'à lui-même de sa crédulité et de son imprudence.

1045. On cite cependant comme contraire un arrêt du parlement de Bordeaux, dont voici l'espèce.

M. de la Roche, conseiller au parlement de Bordeaux, s'en allant à Dax où il mourut, donna à la femme du sieur Duverger de Barbe un fil de perles et un cabinet d'ébène.

Après sa mort, ses affaires étant mauvaises, la dame de Barbe fut assignée par son représentant, pour restituer les perles et le cabinet. Celle-ci disait qu'il était vrai qu'elle avait reçu l'un et l'autre ; que le sieur de la Roche les lui avait laissés « à condition que s'il venait à mourir, lesdites choses » lui demeureraient en propre. » Le représentant de la Roche, prenant avantage de cette réponse, disait que la dame de Barbe ne justifiait pas de la condition par elle alléguée et que, par conséquent, son exception n'était d'aucune con-

(1) M. Merlin, Quest. de droit, v° *Donation*, § 6, n° 2.

(2) Danty *sur Boucheul* p. 72, et suiv.

(3) *Sur Loiset*, lettre *D*, somm. 33, n° 2.

sidération : il alléguait la glose de la loi *Si quidem*, C. *De except.*, qui dit qu'en ce que le défendeur avoue qu'il a reçu, *fides est adhibenda*, mais non pas lorsqu'il dit que le déposant a voulu que la chose lui demeurât ; on citait encore Boerius, *Décis.* 243. Il fut jugé suivant cette glose par arrêt du parlement de Bordeaux, du 17 mars 1667, que *donatio quæ est de facto non præsumitur nisi probetur* (1).

A mon sens, cet arrêt n'a pas la portée qu'on lui donne ainsi que je vais le démontrer. Mais alors même qu'il l'aurait, il ne faudrait pas s'en étonner outre mesure. Ce n'est pas la première fois que l'on trouve dans les anciens arrêts des exemples de preuve testimoniale appliquée à ces contrats qui se forment de la main à la main, comme la donation manuelle et le prêt des meubles (2). Mais les textes du Code Napoléon ne permettent pas de les suivre. Ils obligent le juge à repousser ces lueurs de l'équité et à se concentrer dans les sages dispositions de la loi (3).

1046. Quel est donc le vrai sens de cet arrêt? M. Merlin l'ayant inexactement interprété, je crois devoir insister pour en montrer le véritable esprit.

La dame de Barbe disait-elle que M. de la Roche lui avait fait une donation actuelle, irrévocable, de la main à la main? Non ! Elle convenait que jusqu'à la mort de M. de la Roche, il n'y avait rien de définitif ; que la donation était soumise à la condition de la mort de M. de la Roche ; que c'était, par conséquent, une donation à cause de mort. Et de là il suivait nécessairement que tant que la condition n'était pas arrivée, la possession de madame de Barbe avait été précaire, révocable, à titre de dépositaire ; et il n'est pas étonnant que

(1) Lapeyre, édit., de 1706, lettre *D*, n° 73. Brillon, v° *Donation*, n° 193. M. Merlin, *loc. cit.*

(2) *Prêt*, n° 58. Je cite un exemple.

(3) M. Toullier, t. IX, n°s 29 et suiv. T. X, n° 335.

le parlement de Bordeaux ait jugé comme il l'a fait (1). On le verra plus bas (2), le don manuel tire sa force de la dépossession actuelle et irrévocable du propriétaire. Ce n'est pas un don manuel que celui où l'on trouve d'autres combinaisons.

1047. Mais quand la jurisprudence a rencontré des situations où la tradition présente se rencontrait avec une dépossession absolue, a-t-elle hésité à maintenir le don? S'est-elle permis de diviser, d'amoindrir, de mettre en suspicion la déclaration du possesseur ?

Écoutons l'arrêt que voici, du parlement de Paris du 17 janvier 1768 (3).

Claude Baillard décéda sans enfants. Sa veuve soutint qu'il devait se trouver de l'argent comptant. Mais il n'y en avait pas, et des soupçons de vol s'élevèrent. Le partage s'effectua entre la veuve et les héritiers, entre lesquels était Pierre Baillard, frère du défunt. On y fit des réserves au sujet de l'argent que l'on croyait soustrait, et que l'on estimait se monter à 6,000 livres. Pierre Baillard (ce qui est à remarquer) souscrivit ce partage.

Cinq ans après, il déclara qu'il avait 4,000 livres de son frère, mais que cette somme avait été donnée à sa femme par Claude, son frère défunt, quelques jours avant sa mort, et lorsque ceux qui d'ordinaire l'environnaient étaient à vêpres.

Un procès s'engagea. La veuve prétendit que Pierre Baillard avait spolié la succession de son frère, que sa signature, aux réserves portées dans le partage, était incompatible avec une donation dont il aurait dès lors été nanti.

(1) *Junge* affaire Chénier. Paris, 4 mai 1816 (Devill., 5, 2, 138). *Infra*, n° 1053.

(2) N° 1053.

(3) Roussilhe, *Donations*. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Donation*, § 6, n° 1.

Mais, par arrêt du parlement de Paris précité, le don fut déclaré valable.

On voit quelle importance cet arrêt accorde à la déclaration du possesseur. C'est bien le principe de l'art. 1924 du Code Napoléon appliqué, sans division de cette déclaration (1).

1048. Quoi qu'il en soit de l'ancienne jurisprudence, la question doit être jugée aujourd'hui par l'art. 2279 du Code Napoléon, qui est de si grande considération dans la possession des meubles ; par l'art. 1924, qui donne tant de force à la déclaration du possesseur ; par l'art. 1356, qui veut que cette déclaration ne soit pas divisée (2). Sans doute, s'il y avait un commencement de preuve par écrit constatant le dépôt, les présomptions graves, précises et concordantes pourraient être admises, pour combattre la déclaration et la diviser (3). Mais il n'en est pas de même quand le dépôt n'est prouvé que par sa déclaration seule : il faut prendre cette déclaration dans son ensemble. Il ne faut pas la scinder pour rétorquer l'aveu, en tant qu'il milite contre lui, et lui contester la circonstance qui milite en sa faveur (4). La déclaration, « j'ai reçu, mais pour garder à titre de don, » se compose de deux parties connexes, concordantes (5), portant même sur des faits contemporains n'ayant, par eux-mêmes, rien qui choque les possibilités raisonnables, et qui indique, par invraisemblance, le dol et la fraude (6). Comment pourrait-on se permettre de diviser la déclaration, en présence

(1) *Junge* Danty *sur Boiceau*. p. 74, n° 2. Leprêtre, *Cent.*, ch. 30, qui cite un arrêt qui empêche la divison de la déclaration.

(2) Voy. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Confession*, § 2.

(3) Paris, 2 février 1842 (Devill., 42, 2, 63).

(4) Cassat., 10 janvier 1832 (Dalloz, 32, 1, 68. Devill., 32, 1, 91), 6 novembre 1838 (Dalloz, 39, 1, 501. Devill., 38, 1, 892, 893), 25 janvier 1827 (Devill., 8, 1, 509).

(5) Pothier, *Oblig.*, n° 832.

(6) Voy. Voët, *De confess.*, n° 5, et Merlin, v° *Confessions*, § 2. *loc. cit.*

surtout de l'art. 1924, qui place dans la conscience du possesseur la solution du débat?

Que s'il arrive que la conscience du juge éprouve quelque trouble sur des situations qui ne lui paraissent pas nettes, il faut qu'il se raffermisse, par l'observation des textes, en songeant que la prohibition de la preuve testimoniale et des présomptions humaines, en cette matière, a pour but l'utilité publique, le bien et le soulagement des citoyens; car elle abrège les procès et évite les inconvénients qui viennent de la trop grande facilité des témoins (1); elle empêche aussi de livrer à la discrétion de quelques témoins complaisants l'honneur des citoyens.

1049. C'est, au surplus, ce que la cour de Paris a jugé, sous ma presidence, par un arrêt du 20 février 1851, dont voici l'espèce :

M. Courtois, ancien joaillier, avait pour cousine issue de germain la femme de M. Lethorel; M. Courtois possédait une inscription de rente sur l'État, qu'il chargea, le 1er mai 1849, son agent de change de vendre à la Bourse, et qui lui produisit 16,804 fr. Sur cette somme, M. Courtois donna, de la main à la main, à sa cousine, en présence de la mère de celle-ci et d'une dame Dubois, celle de 10,000 fr., en lui disant : « Tiens, voilà pour toi et tes enfants ».

Le 14 mai 1849, M. Courtois, frappé dans la rue d'une attaque d'apoplexie, est conduit à l'hospice de la Charité : son chien s'éloigne et arrive chez M. Lethorel qui s'inquiète de voir l'animal sans son maître; il s'informe, et trouve M. Courtois à l'hospice. Celui-ci décède; les scellés ne sont pas apposés : la clef de l'appartement du défunt est laissée à Mme Contour, sa sœur, qui l'a conservée jusqu'au 15 juin. Dans l'intervalle, le 6 juin, on procède à l'inventaire, au-

(1) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, *somm*. 33, no 3.

quel n'assistent pas les époux Lethorel, et où Mme Contour fait sans contrôle toutes les déclarations qu'elle veut.

Peu de temps après, un des gendres de Mme Contour se présente chez M. Lethorel et le prie de lui remettre une quittance des 10,000 fr. reçus par Mme Lethorel. M. Lethorel ne donne pas dans le piége, et répond qu'il n'y a pas à donner quittance d'une donation manuelle. C'est alors qu'après des menaces de se pourvoir même au criminel, Mme Contour forme une demande en restitution des 10,000 francs; mais, comme il y avait titre au profit de M. Lethorel par le fait de la possession, Mme Contour articule des faits tendant à établir qu'il y avait eu dépôt et non donation manuelle. Cette dernière produit à son tour une articulation contraire, et c'est en cet état qu'intervint, le 20 décembre 1850, le jugement suivant :

« Le tribunal :

Attendu que si, aux termes de l'art. 2279 du Code Napoléon, en fait de meubles, possession vaut titre, ce principe n'est pas suffisant pour légitimer la propriété d'une chose, que le possesseur déclare, comme dans l'espèce, détenir à titre de donation ; que, dans ce cas, ce serait méconnaître le but du législateur et l'esprit qui a présidé aux prescriptions de l'art. 931 du même Code, que de reconnaître une pareille donation, en l'absence d'aucun motif pouvant la légitimer ;

» Attendu, en outre, que le principe consacré par ledit article 2279 n'établit en faveur du possesseur qui l'invoque qu'une simple présomption qui peut être détruite, soit par la preuve testimoniale, soit même par des présomptions contraires ayant la gravité et la précision nécessaires, permettant de les faire prévaloir ;

» Attendu, d'un autre côté, qu'un don manuel ne peut être considéré comme valable qu'autant qu'il n'existe aucun doute sur la réalité d'une transmission faite à ce titre; que la

déclaration du détenteur ne suffit pas pour prouver un pareil don, surtout lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce, de la presque totalité de l'actif du prétendu donateur;

» Attendu, en effet qu'il n'est pas dénié par les défendeurs que le sieur Courtois soit décédé, le 14 mai 1849, à l'hospice de la Charité, où il avait été transporté à la suite d'une attaque d'apoplexie dont il avait été frappé dans la rue; qu'il n'est pas également contesté par eux que, le 19 avril de la même année, le sieur Courtois a fait vendre par le sieur Chartier, agent de change, 953 fr. de rente 5 p. 100, à 88 fr. 26 centimes et demi, formant tout son avoir, et que le 1er mai suivant il en a touché le prix;

» Attendu que de l'inventaire fait après le décès du sieur Courtois, il résulte qu'il n'a été trouvé chez lui aucun titre actif; que la prisée de son mobilier ne s'est élevée qu'à une somme de 272 fr. 40 centimes; que cet état de choses démontre qu'il ne pouvait avoir l'intention de se dépouiller de son vivant, du modique actif à l'aide du revenu duquel il pouvait subvenir à ses besoins;

» Que si la donation qu'allèguent les défendeurs avait eu lieu, le donateur l'aurait nécessairement faite à rente viagère, ou tout au moins avec stipulation de l'intérêt à 5 p. 100;

» Que si cette donation avait été faite par le sieur Courtois malade on pourrait encore le comprendre; mais que, loin de là, ce dernier était en bonne santé, et que sa mort a été l'effet d'un accident fortuit et que rien ne pouvait lui faire pressentir;

» Que la détention de la somme réclamée autrement qu'à titre de dépôt entre les mains de Lethorel ne peut être admise, surtout lorsque ce dernier, après avoir gardé le silence à l'égard de ces 10,000 fr., lors de l'inventaire fait après le décès, à sa propre diligence, ou dont au moins il avait eu connaissance parfaite, a déclaré que c'était sa femme

qui était détentrice de cette somme, et à son insu, mais à titre de donation ;

» Attendu que ce qui complète l'invraisemblance d'une pareille donation, c'est que Lethorel comptait, d'après ses propres conclusions, sur un testament du sieur Courtois, et qu'il paraît constant que ce n'est que lorsqu'il a acquis la certitude que ce testament n'existait pas, qu'il a qualifié de don manuel fait à sa femme la remise desdits 10,000 fr.

» Attendu que tous les faits et circonstances ci-dessus rapportés sont autant de présomptions qui démentent la réalité d'une donation et témoignent, au contraire, de l'impossibilité où se trouvait le sieur Courtois de se dépouiller, avant toute prévision de mort, de la majeure partie du seul capital sur lequel il pouvait compter pour subvenir à son existence ;

» Que le concours de ces présomptions, leur concordance et leur gravité, démontrent jusqu'à l'évidence l'invraisemblance et l'impossibilité de la donation alléguée pour retenir une somme qui doit faire partie de la sucession du sieur Courtois ;

» Qu'il devient dès lors inutile de s'arrêter aux conclusions subsidiaires de la dame Contour pour arriver à la preuve par témoins des faits établissant que ledit Courtois n'avait pas l'intention de se dessaisir du produit de la vente de sa rente, et que ce n'était qu'à titre de dépôt que les sieurs et dame Lethorel en étaient détenteurs ;

» Attendu que la preuve des faits articulés par lesdits sieurs et dame Lethorel est inadmissible et serait contraire à la prohibition de la loi, puisqu'elle tendrait à faire preuve d'un contrat pour une somme excédant 150 francs ;

» Ordonne que les sieurs et dame Lethorel restitueront à la dame veuve Contour la somme de 10,000 fr. dépendants de la succession du sieur Courtois ;

» Et les condamne, dès à présent, au payement de la

somme de 10,000 francs ensemble aux intérêts d'icelle à 5 pour 100, à compter du jour de la demande ;

» Dit qu'il n'y a lieu de s'arrêter à la demande d'enquête par la dame Contour, et déclare les sieur et dame Lethorel non recevables et mal fondés en leur demande à fin d'enquête sur les faits par eux articulés, et les condamne aux dépens.»

Évidemment ce jugement était trop contraire aux principes pour être maintenu. Voici l'arrêt de la cour :

« Considérant, en droit, que d'après l'art. 2279 du Code civil, en fait de meubles possession vaut titre ; que, d'un autre côté, d'après l'art. 1924 du Code Napoléon, celui qui est attaqué comme dépositaire dans le cas où le dépôt, au-dessus de 150 fr., n'a pas été constaté par écrit, en est cru sur sa déclaration; que la loi, par cette disposition, a voulu prévenir les inconvénients de la preuve testimoniale, en s'en rapportant à la conscience de la personne dont le prétendu déposant a suivi la foi ;

» En fait, considérant que feu Courtois, en mai 1849, a remis aux époux Lethorel une somme de 10,000 francs, que ceux-ci déclarent avoir reçue à titre de don manuel ;

» Considérant que la veuve Contour a actionné lesdits époux Lethorel en restitution de cette somme de 10,000 fr. prétendant qu'ils l'auraient reçue à titre de dépôt de Courtois ; qu'à l'appui de sa demande la veuve Contour excipe des présomptions qu'elle signale comme graves, précises et concordantes, articulant au surplus des faits précis, et offrant la preuve testimoniale ;

» Mais considérant qu'il s'agit, d'après la demande, d'un dépôt volontaire fait sans écrit ; que la veuve Contour n'établit point être dans aucun des cas où la loi permet la preuve de l'existence du dépôt verbal par des présomptions ou par des témoignages ;

» Que, d'une part, il n'existe aucun commencement de preuve par écrit; que, d'autre part, l'aveu judiciaire des époux Lethorel est indivisible; qu'il ne saurait être permis à la demanderesse de scinder cet aveu sous le prétexte de sa complexité, d'en accepter la partie qui constaterait la remise aux époux Lethorel de la somme de 10,000 francs et de rejeter la partie de l'aveu qui donne à cette remise de la somme le caractère de don manuel;

» Qu'ainsi, et dès l'origine, le sort de la demande de la veuve Contour a dépendu entièrement de la bonne foi des personnes par elle actionnées; qu'une semblable situation a été librement et volontairement créée par son auteur, feu Courtois, et qu'elle doit en subir les conséquences; que ni présomptions ni preuve testimoniale ne sauraient être admises contre la déclaration indivisible des prétendus dépositaires sans violer ouvertement les art. 1356, 1923 et 1924 du Code Napoléon;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant au principal, déboute la veuve Contour de ses demandes, fins et conclusions, etc. »

1050. Il faut cependant se demander si l'on pourrait diviser la déclaration du possesseur qui se dit donataire si cette déclaration était d'une invraisemblance tellement choquante qu'elle conduirait à l'absurde. M. Merlin se prononce pour l'affirmative avec le nouveau Denizart (1). Il en est de même, suivant lui, quand cette déclaration est infectée de quelque mensonge qui en rend la vérité suspecte pour le tout. En pareil cas il y a fraude, et l'art. 1353 du Code Napoléon admet les présomptions humaines contre un acte attaqué pour cause de fraude.

(1) Quest. de droit, vo *Confession*, § 2, no 1.

On doit pouvoir discuter la déclaration, quand une de ses parties est prouvée fausse.

La jurisprudence veut aussi qu'on arrive au même résultat quand le possesseur exerce une profession qui le place dans la catégorie d'un dépositaire présumé; c'est ce qui arriverait si le possesseur était aubergiste et qu'il vînt soutenir qu'il a été investi, à titre de don manuel, d'une somme appartenant à une personne logeant dans son hôtel (1).

1051. Nous venons de parler du cas où le possesseur qui se prétend donataire est attaqué comme dépositaire.

Il arrive quelquefois qu'il est représenté comme mandataire. Ce cas est plus délicat, parce que la loi admet le mandat tacite dans un grand nombre de cas (2), et que d'ailleurs il y a des professions nombreuses qui impriment la présomption du mandat aux remises des choses faites à ceux qui les exercent. Tels sont les commissionnaires et autres agents commerciaux, les ouvriers qui sont chargés de travailler la matière qu'on leur confie, etc. Un notaire ne serait pas cru facilement s'il voulait donner la couleur d'un don manuel à une remise de valeurs se rattachant à ses opérations habituelles; il en serait de même d'un avoué, d'un agent d'affaires, d'un agent de change, etc. Les circonstances ont donc beaucoup plus d'empire dans le cas de mandat que dans le cas de dépôt.

Toutefois, l'autorité de la possession y est encore très-grande : il faut de graves présomptions pour l'affaiblir.

En voici une preuve résultant d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 décembre 1851.

Un sieur Altairac avait reçu d'une dame Demarcois des titres de 1,500 fr. de rentes, les unes nominatives, les autres au porteur. La dame Demarcois mourut, et Altairac

(1) Bourges, 30 juillet 1828 (Devill., 9, 2. 132).

(2) Mon comm. du *Mandat*, nos 123, 135.

remit à sa succession les rentes nominatives : il garda les rentes au porteur.

On prétendit qu'Altairac ne pouvait retenir ces dernières rentes, parce qu'elles ne lui avaient été confiées qu'à l'effet d'en toucher les arrérages pour le compte de la dame Demarcois. Altairac soutint qu'elles lui avaient été données.

Voici l'arrêt qui fut rendu sous ma présidence.

« Considérant qu'il est constant, dès à présent, qu'Al-
» tairac a pour lui le titre et la possession, que rien ne
» prouve que cette possession soit précaire; que la dame
» Demarcois a mis ses titres de rente dans les mains d'Al-
» tairac et n'a pas exigé de lui de récépissé, ce qu'elle
» n'aurait pas manqué de faire, d'après ses habitudes an-
» térieures avec d'autres, s'il n'eût été qu'un simple man-
» dataire; que, d'après les circonstances de la cause, la
» veuve Demarcois, en confiant ses titres à Altairac, sans
» condition écrite, sans précaution ni réserve pour l'avenir,
» n'a agi que par suite d'une volonté formelle de lui en
» transmettre la propriété; qu'il s'agit dans la cause de va-
» leurs au porteur, dont la transmission, même à titre gra-
» tuit, peut s'opérer de la main à la main; qu'Altairac est
» dès lors saisi, d'une manière régulière, par le fait du pro-
» priétaire, qui a entendu se dessaisir irrévocablement;
» qu'en présence de ces constatations, et aussi de la bonne
» renommée dont jouit incontestablement Altairac, les faits
» dont la preuve est offerte par la partie de Gressier ne
» sont ni pertinents ni admissibles, etc., etc. »

1052. Quelquefois le don manuel se fait en employant l'intermédiaire d'une personne amie que l'on charge de remettre la chose à celle que l'on veut gratifier. Ces sortes de fidéicommis sont très-fréquents, et ils font surgir des appréciations délicates, alors que le déposant vient à mourir avant que le dépositaire n'ait remis à la personne gratifiée la

chose confiée à sa foi. Mais comme j'ai traité ce point dans mon commentaire *du Dépôt* avec détail, je suis dispensé de m'en occuper (1). Je me borne à remarquer de nouveau que la déclaration du dépositaire sur la personne appelée à recevoir a encore ici une autorité tranchante.

1055. Mais le don manuel ne perd-il pas son efficacité virtuelle, lorsqu'au lieu d'être actuel, irrévocable et absolu, il est soumis à l'événement de la mort et dégénère en une donation à cause de mort (2)?

L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Bordeaux, du 8 août 1855 (3), dont nous ne voudrions pas accepter tous les motifs comme exprimant d'incontestables vérités (4), mais qui, au fond, consacre une décision très-légitime. Il existe, dans le même sens, un arrêt plus célèbre de la cour de Paris, du 4 mai 1816, dans l'affaire des manuscrits de Marie-Joseph Chénier (5). Chénier, au lit de mort, avait donné à madame de Lesparda, son amie, une partie de ses manuscrits. Il avait vidé les cartons qui les contenaient et lui en avait fait livraison. Cette dame soutint, contre les héritiers naturels de Chénier, qu'elle était propriétaire de ces manuscrits. Ceux-ci prétendirent, au contraire, que madame de Lesparda n'était que dépositaire et donataire sous la condition de la mort de Chénier; la preuve en est, dirent-ils, que si Chénier fût revenu à la santé, la dame de Lesparda ne se serait pas crue dispensée de lui en faire restitution. Si l'idée du don s'est mêlée à l'acte de Chénier, le don a été subordonné, dans sa pensée, à l'événement de sa mort; ainsi l'agissement ne peut se traduire que dans un dépôt et dans

(1) Nos 146 et suiv.
(2) V. les exemples cités ci-après.
(3) Devill., 55, 2, 641.
(4) *Supra*, no 44. *In fine* à la note.
(5) Devill., 5, 2, 138.

une donation à cause de mort, et il manque des formalités voulues par la loi pour le rendre valable ; car les donations à cause de mort ne sont valables que dans la forme des testaments

Ce système prévalut devant la cour de Paris dont l'arrêt est ainsi conçu :

» Considérant, en droit, que la tradition de manuscrits » de la part d'un auteur mourant, ne pouvant être faite que » dans la vue de la mort, doit être réputée donation à cause » de mort, et comme telle soumise aux formalités des tes- » taments. — Considérant que des faits et circonstances » de la cause, il résulterait, au plus, la présomption d'un » dépôt aux mains de la femme Lesparda, etc. »

Cet arrêt n'a pas l'assentiment de M. Merlin (1). Cet auteur pense qu'une donation manuelle à cause de mort n'est pas moins valable qu'un don manuel entre-vifs, et il n'approuve pas la cour de Paris d'avoir exigé, pour le don en question, le concours des formalités testamentaires. Mais il me paraît douteux qu'un don manuel à cause de mort puisse valoir, comme le veut M. Merlin.

En général, le Code Napoléon n'a pas vu avec faveur les fidéicommis et transmissions latentes qui peuvent nuire aux héritiers. L'art. 1939 en est la preuve (2). Cet article veut que le dépositaire, chargé verbalement par le déposant de rendre la chose à un tiers étranger, ne puisse accomplir cette charge après la mort de ce même déposant, il veut que, nonobstant tout ordre et recommandation, la chose soit rendue aux héritiers, et il le veut ainsi parce qu'il voit, dans la charge de remettre à un tiers un fidéicommis soumis à la condition du décès, un legs véritable qui, n'étant pas fait

(1) Quest. de droit, v° *Donation*, § 6.
(2) Mon comm. du *Dépôt*, n° 150. *Infra*, n° 1076.

dans les formes testamentaires, ne saurait valoir. Ceci posé comment la loi pourrait-elle consentir à laisser le dépositaire maître de se transmettre la chose à lui-même? Est-ce que le mandat qu'il a reçu n'est pas révoqué, aussi bien que le mandat dont il aurait été investi pour transmettre à un autre?

Faisons-y bien attention! Supposer, comme l'a fait la cour de Paris dans son appréciation souveraine des faits, que la donation est faite à cause de mort, c'est supposer que le donataire n'est pas saisi à titre de propriétaire du vivant du donateur; c'est déclarer implicitement, mais nécessairement, qu'il n'est que dépositaire et possesseur précaire; que le déposant se réserve de reprendre la chose; qu'il a le droit de révoquer ce qui a été fait (1).

Dans de telles circonstances, on ne saurait apercevoir ici les conditions substantielles de la tradition qui fait la force des dons manuels. M. Merlin demande pourquoi l'art. 893 du Code Napoléon, qui ne fait pas obstacle à la validité du don manuel entre-vifs, ferait obstacle à la validité d'un don manuel à cause de mort? « Si la tradition seule, dit-il, » suffit pour consommer l'un, par quelle raison serait-elle » insuffisante pour consommer l'autre (2)? »

Cette raison est cependant bien éclatante et je m'étonne qu'elle ait échappé à la sagacité de M. Merlin : c'est que la tradition qui fait le don manuel est absolue, irrévocable, pleine et entière; au lieu que la tradition de la donation à cause de mort est précaire et révocable.

1054. Du reste, il n'est pas vrai dans tous les cas que le don manuel d'un manuscrit pour le publier après la mort du donateur, soit une donation à cause de mort. Tout dé-

(1) Voy. ci-dessus, nos 42 et 43.
(2) Quest. de droit, *loc. cit.*, § 6, p. 456, col. 1.

pend des circonstances et de l'intention. Si, dans l'affaire Chénier, les faits se prêtaient à la donation à cause de mort, il est possible que dans d'autres hypothèses, ils établissent que le don a été fait irrévocablement, absolument, par le donateur de son vivant, et que ce soit seulement le droit de publier qui soit différé après la mort (1). C'est alors un don manuel parfait par la seule tradition. Les arrêtistes n'ont pas assez remarqué cette nuance.

1055. Quand la remise d'un manuscrit est constatée par une lettre, on ne peut plus dire que ce soit le cas du don manuel dont nous nous occupons ici, et qui repose dans la seule possession et sur l'art. 2279 du Code Napoléon; l'écrit fixe le caractère de l'agissement, et l'on doit s'attacher à en saisir la pensée. C'est ce qu'a fait la cour de Paris dans un arrêt du 10 décembre 1850, rendu dans l'affaire de la dame Louise Collet (2).

1056. On vient de voir qu'on peut donner manuellement le manuscrit (3) d'un ouvrage littéraire. Car un manuscrit est un objet corporel qui tombe sous l'empire de l'art. 2279. Le droit de le publier n'est qu'une suite de la transmission du droit de propriété déjà parfaite par la tradition manuelle.

On peut donner aussi manuellement toute sorte d'objets mobiliers : de l'argent, des médailles, des monnaies (4), des bijoux, etc.

1057. On peut également donner manuellement des titres de rentes et de créances, des actions, des billets de commerce. Mais il y a ceci à remarquer : c'est que les dons manuels de ces sortes de choses ne se soutiennent pas par la seule remise, comme les dons manuels des autres choses corporelles. Il

(1) Bordeaux, 4 mai 1843 (Devill., 43, 2, 479).
(2) 1re chambre (Devill., 50, 2, 625).
(3) Salviat, *quæst*, 18.
(4) Bordeaux, 4 mai 1843 (Devill., 43, 2, 479).

faut encore que le détenteur justifie que la transmission lui en a été faite dans la forme propre à ces sortes de titres pour en attester l'aliénation.

Ainsi, par exemple, un effet de commerce ne saurait être manuellement donné qu'autant qu'il est revêtu d'un endossement. Ce point est constant en jurisprudence.

Remarquons ici, que c'est à tort qu'on répète souvent, *et usque ad nauseam*, que ce sont là des dons manuels de choses incorporelles. Comment pourrait-on donner manuellement une chose abstraite, une chose qui n'aurait pas de corps? Mais on donne un titre et, avec ce titre, les droits, actions et émoluments qui y sont attachés.

1058. On ne va pas jusqu'à repousser l'endossement en blanc d'un effet négociable (1), bien qu'en général, cette sorte d'endossement soit irrégulière; il suffit ici qu'il puisse valoir comme procuration. Car, on est autorisé à penser que le donataire a été saisi à l'égard des tiers, en vertu du droit (à lui conféré implicitement) de compléter l'endos à son profit, de toucher le montant de l'effet de commerce et de l'appliquer à son profit.

1059. Que si le titre n'était pas négociable, un endossement irrégulier pourrait n'être pas pris en considération par les juges.

Une reconnaissance de prêt de 11,270 fr. 70 c. avait été souscrite à Duménil-Lamillerie, par la maison de banque de David Fombelle. Cette reconnaissance n'était pas dans la forme d'un effet au porteur ni d'un billet ou promesse transmissible par la voie de l'endos. Dumenil-Lamillerie, voulant en faire don à Gerardot Fombelle, lui remit cette reconnaissance en écrivant au dos : « Payez à l'ordre de M. Fom-
» belle au Blanc. 27 septembre 1838. »

(1) Cassat., 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 621). 12 décembre 1815 (Devill., 5, 1, 122). Pau, 10 mars 1840 (Devill., 42, 2, 82).

Elle fut en effet acquittée. Le donateur mourut : ses héritiers actionnèrent Gerardot Fombelle; et comme l'endossement ne portait pas mention de valeur fournie, les héritiers soutinrent qu'il était nul et insuffisant pour produire effet à leur égard. Voici leur raisonnement : S'il est vrai qu'un contrat à titre onéreux puisse servir de manteau à une donation, toujours est-il qu'il faut que ce contrat soit valable en la forme. Or, ici, l'endossement ne vaut rien comme endossement, d'autant qu'il s'applique à un titre non négociable. Veut-on que ce soit une cession ? Mais il n'y a pas de prix stipulé, et sous ce rapport encore, l'acte manque d'une condition d'existence. Ainsi, nullité au point de vue d'un contrat onéreux ; nullité au point de vue d'une donation proprement dite, puisque le donateur s'est placé en dehors des solennités de la donation.

Ce système fut adopté par arrêt de la cour de Bourges du 10 février 1841, confirmé par arrêt de la chambre des requêtes du 1er février 1842 (1).

Cette décision de la cour de Bourges peut être considérée comme sévère, et c'est ainsi que le rapporteur, M. Duplan, l'avait envisagée. Mais il est évident que les qualifications, qui avaient prévalu devant la cour de Bourges, mettaient obstacle au pourvoi en cassation.

1060. Le transfert d'une rente sur le grand-livre, opéré sur la tête de celui à qui on veut la donner, est la voie ordinairement suivie pour opérer cette libéralité. C'est une voie régulière, et l'on prétendrait vainement que les formalités des donations n'ont pas été suivies (2).

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 24 juillet 1844 (3), qui a eu une certaine notoriété, et qu'il faut

(1) Devill., 42, 1, 203.
(2) Cassat., 19 août 1823 (Devill., 7, 1, 345).
(3) Cassat., 26 juillet 1844 (Devill., 44, 1, 787).

faire particulièrement connaître parce qu'il n'a pas toujours été bien compris.

Henri Foyen, dit Caffin, avait fait passer la nue propriété de ses rentes sur la tête de Philippe-Prosper Foyen, mineur, au moyen d'un transfert, du 16 février 1824. Ce Philippe-Prosper Foyen était fils naturel d'Élisabeth-Rosalie Foyen, fille naturelle de Caffin (1), et plus tard légitimée par lui. La mère mourut avant son fils, et ce dernier, à son tour, mourut, après Caffin, sans aucun héritier. Le fisc appréhenda sa succession.

Caffin avait laissé une veuve, sa donataire universelle. Celle-ci prétendit que le transfert du 24 juillet 1824 masquait une donation ; que cette donation n'avait pas été acceptée ; qu'elle ne pouvait pas produire d'effet aux termes de l'article 932 du Code Napoléon ; qu'ainsi la rente en question faisait partie de la succession de son mari à elle dévolue. Un arrêt de la cour de Paris, du 16 juin 1842, consacra ce système (2).

Cet arrêt ne pouvait manquer d'être cassé, et il le fut, en effet, par l'arrêt précité de la chambre civile ; arrêt très-net et très-ferme, rédigé avec précision et logique, et dont on contesterait vainement la puissance (3). L'inscription prouve la propriété ; or, que la propriété provienne d'une donation ou d'un achat, peu importe : la preuve est complète par l'inscription ; il n'y a rien de plus à exiger du porteur.

Sans doute, si la donation cachait une fraude, elle ne saurait se soutenir. Mais rien de pareil n'est allégué dans l'espèce. On ne critique la donation que pour défaut d'acceptation. Or, l'acceptation résulte ici implicitement, nécessairement

(1) Voy. l'arrêt d'Orléans, du 9 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 114).

(2) Devill., 42, 2, 361.

(3) C'est ce qu'essaye cependant de faire M. Devilleneuve, 46, 2, 108, 109.

du contrat adopté ; elle n'est pas assujettie à des justifications particulières ; le transfert, étant la forme choisie, doit être pris dans les conditions ordinaires de son existence. La preuve de la consommation de l'affaire est donc pleine et entière. L'agent de change a été le mandataire légal du nouveau créancier dans la forme particulière à ce genre d'acte.

1061. L'affaire ayant été renvoyée à la cour d'Orléans, une consultation essaya de donner à l'affaire un aspect nouveau (1). D'abord, on voulut ébranler l'arrêt de la cour suprême, en lui prêtant des conséquences abusives ; on le signala comme pouvant donner naissance aux fraudes les plus graves et investir le père de famille du droit d'éluder, par le moyen de transferts simulés, toutes les prohibitions (2). Or, il n'y a pas une apparence de cela dans l'arrêt ; il y a tout le contraire.

Sous un autre point de vue, on attaqua la donation comme faite à un incapable. Le donataire était fils de la fille naturelle du donateur ; il était, disait-on, personne interposée dans l'intérêt de sa mère naturelle. Mais celle-ci avait été légitimée par son père ; elle n'était donc frappée d'aucune incapacité, et l'interposition de personne était un non-sens. Il était clair que c'était son fils seul, que Caffin avait voulu gratifier ; et ce fils, à son tour, n'appartenait au donateur par aucun lien de parenté legitime ; étranger à ce même donateur, sous le rapport légal, il pouvait recevoir, comme tout autre, l'avantage qui lui avait été fait.

Enfin, on reproduisait le moyen tiré du défaut d'acceptation. Mais sur ce point, aussi bien que sur les autres, la cour

(1) Devill., 46, 2, 108. 109.

(2) V. *loc. cit.*, la consultation délibérée par Me Huet et à laquelle avaient adhéré MM. Philippe Dupin, Duvergier et Paillet.

d'Orléans repoussa la prétention insoutenable des adversaires du fisc (1).

1062. De tout ceci, il résulte que le transfert suffit, avec ses formes ordinaires, pour prouver la transmission de propriété, et je ne conçois pas que les arrêtistes aient élevé des doutes sur la légitimité de cette jurisprudence (2). Le donataire est saisi, à titre de propriétaire, avec une régularité complète et de la manière la plus irrévocable. Ce sera, si l'on veut, une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux. Mais nous verrons bientôt que cette manière de donner est aussi efficace que la donation faite directement.

1063. La digression, à laquelle nous venons de nous livrer, a été un peu longue. Le don manuel s'est présenté à nous, dès nos premiers pas, dans le commentaire de l'article 931 ; il a fallu traiter avec détail ce point délicat; et du don manuel nous avons été entraîné à nous occuper des donations de créances que souvent on a mises, à tort, sur la même ligne.

Revenons aux dispositions de l'art. 931.

Cet article, dont la sévérité s'explique par les raisons d'ordre public que nous avons exposées ci-dessus (3), est appliqué d'une manière très-rigoureuse aux donations directes, c'est-à-dire aux donations proprement dites, qui se font dans le but avoué de donner et dans la manière spécifique tracée par la loi.

Supposons donc qu'une personne veuille faire une donation, et qu'elle la fasse par acte sous seing privé. Une donation directe sous seing privé est une monstruosité, et la loi ne la reconnaît pas, alors même que cet acte aurait été déposé chez un notaire, enregistré et transcrit au bureau des

(1) 9 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 108).
(2) M. Devilleneuve.
(3) N° 1036.

hypothèques (1). Les tribunaux ne sauraient avoir égard à des volontés qui ont pu être égarées par des formes trompeuses. Il n'y a pour eux de volonté réelle que celle qui a été manifestée dans les formes exigées par la sagesse de la loi (2).

1064. La nullité est tellement grave et radicale, que le donateur peut en exciper (3); la raison en est que les solennités des donations sont de droit public, et que la volonté du donateur n'en peut dispenser (4).

Bien plus, le donateur essayerait en vain d'en couvrir et réparer les vices par un acte confirmatif. La donation étant nulle en la forme, il faut, suivant l'art. 1339, qu'elle soit refaite en la forme légale. C'est, en effet, une règle de droit que, *confirmatio nihil novi juris addit ;* la confirmation d'une chose nulle par défaut de forme intrinsèque ne peut produire d'effet qu'autant qu'elle contient elle-même une nouvelle manifestation de volonté revêtue de toutes les solennités du droit. Mais alors ce n'est pas comme acte confirmatif qu'elle vaut, c'est plus comme acte primitif et *per se stans.*

Ainsi, le donateur peut toujours faire annuler sa donation, quelque confirmation qu'il en ait faite, quelque exécution qu'il lui ait donnée volontairement (5). Cette exécution, quoi qu'en ait dit M. Toullier (6), ne peut être opposée au donateur; car il ne faut pas lui donner plus de force qu'à l'acte

(1) Pothier, *Introd.*, au tit. 15 *De la coutume d'Orléans*, nº 23. MM. Merlin, vº *Donation*; Toullier t. V, nº 173.

(2) Cassat., 8 novembre 1848 (Devill., 48, 1, 684). Id., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 69).

(3) Pothier, *Donat.*, sect. 2, art. 4. Merlin, Répert., vº *Testament*, p. 761. *et Transaction*, § 5, nº 4.

(4) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 5 et 8.

(5) Art. 6 de l'ord. de 1731.

(6) T. V, nº 190.

même dont elle est la suite. Si l'acte est nul, et que cependant on le veuille valider au moyen de cette exécution, c'est la même chose que de dire que lorsqu'il y a tradition (même de choses immobilières), on peut donner sous seing privé ; doctrine insoutenable, puisque toutes les fois qu'on rédige un acte de donation, il est indispensable qu'il soit dressé dans la forme notariée, soit qu'il y ait ou non tradition (1).

1065. A l'égard des tiers, il n'en est pas de même. C'est principalement dans leur intérêt que le législateur a introduit les formalités de la donation ; ils peuvent donc renoncer à cet intérêt, soit tacitement, soit d'une manière explicite. Au nombre de ces tierces personnes que ces formes intéressent sont les héritiers ou ayants cause du donateur. Si après la mort de ce dernier, ils confirment ou ratifient sa donation, s'ils l'exécutent volontairement, il en résulte qu'ils renoncent à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception (2).

1066. Inutile de dire que les héritiers du donateur peuvent être admis à quereller les vices de forme de la donation, malgré l'exécution qu'y a donnée leur auteur. On ne pourrait ici leur opposer le fait de celui dont ils tiennent leurs droits ; car ce n'est pas de lui qu'ils tirent le pouvoir de faire annuler la donation pour vice de formes. C'est un droit que la loi leur accorde personnellement, puisque c'est principalement dans leur intérêt que le législateur a établi les solennités de la donation. Le fait de leur auteur ne peut donc les lier ; leur droit demeure entier (3). Il y a longtemps que ce principe est admis chez les jurisconsultes. La loi *Lucius* 32, D.

(1) Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 86, § 7. *Infra*, n° 1090.

(2) Art. 1340 C. Nap. M. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 761. M. Zachariæ, t. V, p. 60.

(3) Merlin, Répert., v° *Acte sous seing privé*. p. 96.

de Donat., en porte une décision qui a beaucoup d'analogie avec la nôtre, et Cujas l'enseigne fort doctement dans l'interprétation qu'il donne de cette loi (1).

1067. En résumé, il est de la dernière importance de se conformer à la loi sur la forme des donations. Ce n'est pas sans de graves motifs que la loi s'est décidée à prononcer la peine de nullité contre l'inobservation de ces formalités. Les juges ne doivent pas capituler en pareille matière, et se montrer plus indulgents que le législateur.

1068. Il y a quelque chose de particulier aux actes contenant donation d'effets mobiliers. C'est qu'ils doivent être accompagnés d'un état estimatif signé du donateur et du donataire, et qui reste annexé à la minute de la donation (art. 948). Ainsi la loi exige la réunion de deux conditions pour la validité de l'acte d'une pareille donation : 1° acte notarié; 2° état estimatif annexé à la minute. Nous nous étendrons davantage, à cet égard, sous l'art. 948 (2). Nous nous bornerons ici à un point qui se lie à ce que nous avons dit précédemment du pouvoir du donateur pour faire annuler l'acte de donation dépourvu des solennités du droit.

M. Toullier (3) pense que s'il n'y avait pas d'état estimatif, et que cependant, après l'acte de donation, le donateur eût fait la délivrance des meubles, il ne pourrait les réclamer. Car la donation deviendrait un don manuel qui n'a pas besoin de titre. La possession en tient lieu.

Mais il est facile de répondre que c'est une règle triviale en droit, qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'en avoir un vicieux. S'il n'eût point été rédigé d'acte de donation, c'est alors que la donation serait purement manuelle, et que

(1) *Quæst. Papin.*, lib., 29, sur la loi 27. D., *De donat.*

(2) *Infra*, nos 1229 et suiv.

(3) T. V, no 180 *Junge*, M. Duranton, t. VIII, no 390. Zachariæ, t. V, p. 68. *Contra*, M. Dalloz, t. V, p. 335. no 6.

la possession vaudrait titre. Mais, dans le cas posé par M. Toullier il y a eu un acte rédigé, ce qui montre que les parties ont jugé convenable de faire dépendre de cet acte la preuve de la donation. Or cet acte est nul par défaut de forme. Donc, le possesseur des meubles, qui tire sa possession de cet acte, ne peut argumenter de cette possession, puisqu'elle est fondée sur un titre nul, et qu'elle est par conséquent vicieuse. Lors de la première rédaction de l'art. 948, il était ainsi conçu : « Toute donation d'effets mobiliers, s'il n'y a point tradition » réelle, sera nulle s'il n'a été annexé à la minute un état » estimatif ». Mais cette rédaction fut rejetée, et l'on y substitua celle que présente l'art. 948, et cela sur l'observation faite par M. Tronchet : « Que toutes les fois que la dona- » tion est faite par acte, elle doit être accompagnée d'un » état, même quand il y a tradition réelle (1) ». Il nous semble que cette observation tranche la difficulté. M. Toullier argumente de l'art. 1340 du Code Napoléon. Mais cet article n'est applicable qu'aux héritiers du donateur; il fait même un contraste frappant avec l'art. 1339, qui ne veut pas que le donateur puisse couvrir, par aucun acte confirmatif, le vice d'une donation nulle en la forme (2). Au reste,

(1) M. Fenet, t. XII, p. 337, dit : « Même quand il n'y a pas de tradition » réelle, » ce qui est un contre-sens.

(2) Furgole dit cependant que, si le donateur s'était actuellement dessaisi au moment de l'acte de donation, la formalité de l'état estimatif (prescrit aussi par l'art. 15 de l'ord. de 1731) serait inutile, et il présente son opinion comme indubitable. Mais l'on peut dire que, sous cette ordonnance, le défaut d'acte estimatif ne rendait pas la donation nulle : il ne faisait que priver le donataire d'une action pour réclamer les meubles trop vaguement donnés (*Voy.* cet art. 15); au lieu que le Code dit positivement que la donation ne sera pas valable (948). Il semble que ces mots entraînent une nullité absolue, tandis que l'art. 15 ne faisait que refuser une action; or, lorsque les meubles avaient été livrés, l'art. 15 disparaissait, puisque le donataire avait les meubles sans action et qu'il les conservait par une exception.

nous aurons occasion de revenir sur ce point dans notre commentaire de l'article 948 (1).

1069. Des donations directes, dont nous venons de nous occuper, il faut passer aux donations avec charge et qui présentent un mélange d'obligations onéreuses et de libéralités (2). On sait que les donations où les charges sont presque l'équivalent de la libéralité, ne sont pas de véritables donations : *non proprie donatio appellabitur*, dit Julien (3). Ce sont des contrats innomés, *do ut des, facio ut facias*, des espèces d'échanges de prestations mutuelles (4). Il n'est pas toujours facile de distinguer les cas de donation véritable et de contrat innomé (5). On doit peser les circonstances; elles ont, en pareille matière, le plus grand empire.

Lorsque, par exemple, la charge est considérable et qu'elle est pour le profit et l'avantage du donateur, dans ce cas il est probable que ce dernier n'a pas donné pour exercer une pure libéralité; c'est une cause intéressée et non gratuite qui l'y a déterminé. Mais quand la charge est imposée pour une tierce personne, sans que le donateur en tire aucun profit, il est plus vraisemblable que l'acte conserve le caractère d'une libéralité spontanée. Ainsi, si je donne 10,000 fr. à Titius avec charge qu'il payera 2,000 fr. à Caïa, le jour de son mariage, j'agis par un pur esprit de bienfaisance : je donne dans toute l'étendue du mot; je fais une véritable donation (6).

1070. De la différence entre les donations proprement dites, et celles qui ne le sont qu'imparfaitement, il résulte

(1) *Infra*, n° 1235.
(2) *Supra*, n° 63.
(3) L. 1, D., *De donat.*
(4) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 32, n° 6.
(5) *Supra*, n° 355.
(6) Ricard, *Donat.*, nos 1101 et suiv.

une conséquence importante : c'est que si les premières doivent être rédigées dans la forme authentique, les autres ne peuvent y être astreintes, puisque ce ne sont pas des dispositions à titre gratuit. Si, par exemple, je vous donne le domaine d'un emplacement dont je suis propriétaire, afin que vous y bâtissiez une maison dont j'aurai la moitié, ce contrat innomé, dont nous puisons l'espèce dans la loi 15, § 1, D. *De præscript. verbis* (1), ne devra pas être passé dans la forme des donations ordinaires; rien n'empêche qu'il ne soit rédigé sous seing privé. *Sed et hæ stipulationes quæ ob causam fiunt, non habent donationem* (2). On peut mettre sur la même ligne les aliénations à rente viagère ou à charge d'usufruit dont parle l'art. 918 du Code Napoléon ci-dessus.

Nous en dirons autant d'un abandon fait par une personne à une autre à charge de nourrir, vêtir, loger, supporter les incommodités de sa vieillesse, faire faire ses funérailles. Il y a là un contrat innomé, une convention aléatoire, où l'on peut dire avec les docteurs : *Commodum si quod sit, pendet omnino ex eventu* (3).

1071. Il pourait arriver que la charge imposée au donataire ne fût pas un équivalent de la chose donnée. Ce serait alors un contrat mixte qui tiendrait de la donation et des contrats à titre onéreux. Si ce contrat était fait en fraude de la quotité disponible, on pourrait le réduire jusqu'à due concurrence dans ce qu'il aurait de gratuit (4). Mais on ne pourrait, sous prétexte de donation, l'annuler s'il était fait

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 451, n° 22.

(2) L. 19, § 5, *De donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 33, n° 5.

(3) Arrêt du parlement de Paris du 18 avril 1587 (Louet, lettre *D*, somm. 22).

(4) L. 5, § 5, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

sous seing privé. Car, participant du titre onéreux qui comporte l'acte sous seing privé, il faudrait se décider, dans cette alternative, pour le parti de la validité. « *Magis est ut* » *valeat, quam pereat dispositio.* »

1072. Que si la charge imposée au donataire pour le profit du donateur, était une de ces charges qui, quoique non exprimées, sont toujours sous-entendues dans toute donation, cette charge, quoique expressémemt stipulée, ne ferait pas que la donation ne fût pas à titre purement gratuit. Ainsi, si le donateur imposait au donataire la charge de le nourrir, en cas d'indigence, comme le gratifié doit toujours des aliments à celui qui s'est dépouillé en sa faveur (article 955), et que cette obligation est de droit, il faudrait décider que la donation ne serait pas valable si elle n'était faite dans la forme authentique (1).

1073. Les mêmes points de vue se présentent quand on porte son attention sur les donations rémunératoires (2). On a beaucoup discuté, cependant, sur la question de savoir si les donations rémunératoires sont sujettes ou non aux formalités de notre article (3). En théorie, on peut discuter là-dessus à l'infini. Mais à quoi bon ces tournois scolastiques? Au Palais, où tout se traduit d'une manière précise, on tient pour constant que cette question dépend beacoup du point de fait et que l'on ne saurait la résoudre d'une manière absolue. Si l'acte est moins une donation qu'une dation en payement pour des services appréciables, il peut se passer des formalités des donations (4). Telle serait la constitution

(1) Ricard, *Donat.*, part. 1, nº 1103.

(2) Brodeau *sur Louet,* lettre *D*, somm. 22.

(3) M. Toullier, t. V, nos 186 et suiv., est pour la négative; M. Merlin pour l'affirmative (Répert., vº *Donation,* p. 155).

(4) Colmar, 10 déc. 1808 (Devill., 2, 2, 446). Id., 18 juillet 1809 (Devill., 3, 2, 103). Bordeaux, 24 mars 1833 (Devill., 35, 2, 412). Douai, 4 avril

d'une rente viagère, par acte sous seing privé, à un domestique qui aurait rendu de longs et anciens services. Ce serait alors une obligation ordinaire plutôt qu'une donation (1), « ou, comme le dit Cujas, un échange plutôt qu'une libéra- » lité ». *Permutationes potius sunt beneficiorum quam donationes* (2); » ce qui est d'accord avec les propres expressions d'Ulpien, « *genus quoddam permutationis* (3) », et avec les principes de Labéon, « *extra causam donationum esse talium* » *officiorum mercedes* (4) ».

1074. Mais si la donation ne présente pas le caractère d'échange, de *datio in solutum*, qui fait le véritable contrat onéreux, si elle n'a pour cause qu'un sentiment de reconnaissance agissant dans le for intérieur, elle n'est qu'une donation ordinaire, et elle doit en revêtir les formes solennelles.

En effet, ces donations sont faites *nullo jure cogente*. Aucun lien de droit n'y force le donateur, et le donataire n'a aucune action pour l'y contraindre (5). Inutile de dire, avec M. Toullier, « que les lois de l'honneur prescrivent la recon- » naissance (6) » A la bonne heure! Mais il y a mille manières de témoigner sa reconnaissance autrement que par la donation de son bien. Beaucoup ne voudraient pas accepter d'autre récompense de leurs services que des sentiments affectueux, qui ont plus de prix dans l'ordre moral que les récompenses pécuniaires; beaucoup, d'un autre côté, devant

1843 (Devill., 43, 2, 483). Caen, 19 mai 1841 (Devill., 42, 2, 11). Cassat., 3 fév. 1846 (Devill., 46, 1, 502).

(1) *Supra*, n° 960.

(2) Sur la loi 27, D., *De donat.*, (*Quæst. Papin.*, lib. 29).

(3) L. 25, § 1, *De hæred. petit.*

(4) L. 19, D., *De donat. Junge*, L. 34, § 1, D., *De donat.* (Paul).

(5) C'est l'opinion de Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 2, art. 3, § 1.

(6) *Loc. cit.*

leur patrimoine à leurs enfants et à leurs familles (1), ne pourraient pas exprimer leur gratitude par la ruine des leurs. Il n'y a donc ici aucun lien de droit; tout se fait spontanément, cordialement, suivant les lois du for intérieur. Si la reconnaissance va jusqu'à déterminer une donation, ce n'est pas qu'il y ait une obligation précise : c'est un mouvement du cœur qui agit, *nullo jure cogente*.

En pareil cas, il ne faut pas perdre de vue l'article 893 portant « qu'on ne peut disposer à titre gratuit que par do-
» nation ou testament dans les formes particulières (2) ».

Ce sont ces raisons qui avaient déterminé le législateur de 1731 à ne pas adopter l'opinion des docteurs plus anciens qui avaient excepté les donations rémunératoires des donations proprement dites (3). Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1731, les seules donations rémunératoires qui échappent aux prescriptions de l'art. 931 sont celles qui servent à payer des services précis, appréciables en argent, et pour lesquels le donataire aurait eu une action en justice (4). Ceci dépend des circonstances, et l'équité du juge sait ordinairement les discerner avec justesse.

1075. Aux donations rémunératoires pour services appréciables, on peut assimiler une donation faite pour l'accom-

(1) Mantica, *De conject. ult., volunt.*, lib. 12, t. VI, n° 17.

(2) Voët, qui écrivait d'après l'autorité des lois romaines, n'a pu s'empêcher de classer la donation rémunératoire parmi les donations parfaites : » *Si*
» *enim*, dit ce judicieux auteur, *factam ob præcedentia merita donationem*
» *velis impropriam esse, vix erit, ut ullam donationem propriam invenias,*
» *dum plerumque donantes ex præcedente causa ad absolutam et irrevocabi-*
» *lem liberalitatem moveri solent ; et donatio sine ulla præcedente causa*
» *ad donandum impellente profusio magis ac prodigalitas, quam liberalitas*
» *est.* (*Ad Pand.*, lib. 39. t. V, n° 3 *in fine.*)

(3) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 3 et autres très-nombreux. *Contra*, Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 1097. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 22.

(4) Pothier, *loc. cit.*

plissement d'une obligation naturelle, très-étroite, de donner des aliments.

Par exemple, l'obligation de payer une pension viagère à une sœur dans l'indigence n'a pas absolument besoin d'être passée dans la forme authentique(1). A la vérité, cette obligation ne pourra se traduire par une action en justice. Mais l'honneur, la délicatesse et la nature en font un devoir si précis qu'il y a une cause évidente d'obligation. Remarquez, en outre, que ceci ne ressemble pas à la donation rémunératoire, qui est d'autant moins obligatoire que la reconnaissance peut se traduire par d'autres services. Ici, il n'y a pas de milieu : l'obligation naturelle parle d'une manière précise ; il faut qu'elle se résolve en aliments, sous peine d'être dérisoire.

1076. Nous avons parlé ci-dessus (2) d'un genre de libéralité tout particulier : ce sont les remises de dettes qui ont toujours été environnées de tant de faveur qu'on n'exige pas de formalités pour les faire valoir. Ce sont, d'ailleurs, des distrats plutôt que des contrats : *distractus potius quam contractus ;* elles peuvent être faites par lettres missives, ou de toute autre manière (3).

Quelquefois les remises de dettes se font sous forme de fidéicommis. Par exemple : Prima, malade à son lit de mort, dit à Secundus : « Voilà un titre de 10,000 francs » que j'ai sur Tertius. Si je meurs, vous lui en ferez la re- » mise ». Aucun acte n'est dressé. Prima meurt. Que doit faire Secundus dépositaire ? Doit-il remettre à Tertius le titre confié à sa foi ? ou bien doit-il le remettre aux héritiers de Prima ? Par arrêt de la cour d'appel de Paris du 1er décem-

(1) Douai, 6 mai 1825 (Dalloz, 27, 1, 7).

(2) N° 49.

(3) Favre, C., L. 2, t. XXXVI, déf. 4. Limoges, 9 juillet 1824 (Devill. 7. 1, 217).

bre 1850, sous ma présidence, il a été décidé que cette question devait être jugée par les principes du dépôt, et que le titre devait être remis aux héritiers (1) (art. 1939). Il aurait fallu un acte de dernière volonté pour qu'il en fût autrement (2).

1077. A cet arrêt on peut opposer, et on opposait, en effet, dans la discussion, un arrêt de la cour de cassation du 2 avril 1823, rendu dans les circonstances que voici (3) :

Hyacinthe Ardant était créancier de son frère Ardant Marsac d'une somme d'argent. Partant pour une expédition militaire, il dressa une quittance de cette somme, et la remit avec les titres à un sieur Duclos, pour que ce dernier délivrât le tout, en cas d'accident, à Ardant Marsac.

Hyacinthe Ardant perdit la vie dans la bataille. La dame Ardant prétendit que cette disposition n'était pas valable (4); que c'était une remise de dette subordonnée à la condition du décès, c'est-à-dire une donation à cause de mort ; que le donateur n'était pas dessaisi ; qu'il restait maître, jusqu'à son décès, de retirer des mains du dépositaire la quittance, et que le donataire n'avait pas le droit de se la faire remettre avant le décès.

Néanmoins, la cour de Limoges se prononça pour la validité de la donation et sur le pourvoi il intervint un arrêt de la cour de cassation du 2 avril 1823, qui rejeta la requête.

« Attendu que, d'après l'art. 1282 du Code civil, la re-
» mise de la dette n'est assujettie à aucune formalité ; qu'elle
» peut donc être simple ou conditionnelle, directe ou par
» intermédiaire ; qu'en jugeant, en conséquence, que la

(1) Arrêts conformes, Paris, 1er mars 1826 (Devill., 8, 2, 200); Bordeaux, 5 février 1827 (id., 8, 2, 326, et 327).

(2) *Supra*, nos 1052, 1053, 1054. Mon comm. du *Dépôt*, no 150.

(3) Devill., 7, 1, 217.

(4) D'après M. Grenier, t, I, no 10.

» quittance remise par Hyacinthe Ardant, créancier de Du-
» clos, pour la délivrer en cas d'accident à son frère, son
» débiteur, était valable, l'arrêt s'est conformé à la lettre et
» à l'esprit dudit article. »

Pour défendre cet arrêt, on peut recourir aux observations que nous avons présentées, à cet égard, dans notre commentaire du *Dépôt* (1). Tout dépend de la question de savoir si le donataire avait accepté la donation du vivant du donateur, par l'intermédiaire du dépositaire, son *negotiorum gestor*. Dans ce cas, elle n'était plus révocable ; elle était irrévocable quoique soumise à une condition. Le donateur ne retenait pas en donnant ; s'il s'était dessaisi (2). C'est cet aspect qui a dominé dans la cause, et qui a procuré au donataire le gain du procès. S'il en eût été autrement, la dame Ardant aurait dû triompher (3).

1078. Il peut arriver que la remise de dette se fasse par une quittance fictive donnée par le créancier à son débiteur qu'il veut libérer. Cette donation déguisée n'est pas moins valable que celles qui se font par les moyens analogues exposés ci-dessous. Il faut pourtant que la quittance n'ait pas été donnée par erreur ou par surprise, et que si elle n'a pas pour cause un payement réel, elle procède du moins d'une pensée réfléchie de libéralité. Que s'il résulte des circonstances que la quittance n'a pas été donnée en pleine connaissance de cause et avec une volonté bien arrêtée, le débiteur restera débiteur de la somme. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de Bordeaux du 23 janvier 1852 (4). Nous n'irons pourtant pas jusqu'à dire, avec cet arrêt, qu'il ne suffit pas

(1) Nos 150 et suiv. Voy. Devill., 46. 2, 105, note 3.
(2) Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 194.
(3) *Supra*, n° 1053.
(4) *Gazette des Tribunaux* du 9 avril 1852, n° 7723.

au débiteur de présenter sa quittance, et qu'il doit prouver encore qu'elle émane d'une volonté bien réelle de le gratifier : ce serait trop exiger du débiteur, et il n'est tenu de faire cette preuve qu'autant que, comme dans l'espèce jugée dans cet arrêt, il résulterait des indices constants au procès, que la quittance ne peut se rattacher ni à un payement ni à une libéralité réfléchie.

1079. Les renonciations à une prescription acquise sont des actes exempts des formalités des donations, bien qu'ils aient quelque chose de gratuit (1). Ce n'est pas à ces sortes de libéralités que s'applique l'art. 931.

1080. Il en est de même des libéralités indirectes, comme lorsque l'on se rend caution pour quelqu'un (2). Ce sont plutôt des services que des libéralités proprement dites.

1081. Les libéralités stipulées au profit d'un tiers comme charge d'un contrat principal (3), sont également exemptes des solennités des donations. Car ce sont aussi des libératés indirectes (4). Ce n'est que lorsque la libéralité est le but final et la cause première de l'acte, que cet acte doit être solennel.

1082. La donation déguisée sous la forme de contrat onéreux, dont nous avons eu occasion de dire déjà quelque chose (5), doit nous occuper plus particulièrement ici.

Ces sortes de donations ne sont pas nouvelles. Les Corinthiens, désirant gratifier les Athéniens du don de vingt navires, mais ne le pouvant à cause d'une loi qui défendait

(1) Furgole sur l'ord. de 1731, p. 171 Mon comm. de la *Prescript.*, n° 80. Cassat., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120).

(2) Furgole, *loc. cit.*

(3) Art. 1121 C. Nap.

(4) Cassat., 27 janvier 1819 (Devill., 6, 1, 14).

(5) *Supra*, n° 730. Voy. Devill., 1, 1, 746, ind. des arrêts. Arrêt du 22 mars 1848 (Devill., 48, 1, 401). *Supra*, n°s 1057 et suiv. et 1062.

d'en donner, couvrirent leur libéralité du nom de vente et les vendirent 5 drachmes la pièce (1). Pour le dire en passant, cet exemple prouve combien les anciens respectaient la loi, même lorsqu'ils voulaient s'en écarter.

Aujourd'hui, il est certain pour tout le monde qu'une donation déguisée, pour échapper à une loi civile, n'aurait aucune valeur ; les particuliers n'ont pas, comme un peuple entier, le droit de s'écarter d'une loi positive.

Mais on a longtemps douté si la donation d'une chose disponible faite à un donataire capable de la recevoir, était ou non valable, lorsqu'au lieu d'être revêtue des formalités prescrites par notre article, elle revêtait la forme d'un contrat onéreux.

Trois arrêts de la section des requêtes de la cour de cassation, en date des 8 frimaire an XIII, 30 prairial et 15 messidor de la même année, décidèrent qu'une donation simulée sous l'apparence d'une vente est nulle, si elle n'est revêtue des solennités de la donation.

La section civile avait déjà jugé la question en sens contraire, par arrêt du 7 frimaire an XIII. Elle s'était fondée sur ce que la simulation n'entraîne pas toujours la nullité des actes qui en sont viciés ; qu'elle ne produit cet effet que quand il y a indisponibilité de la chose ou incapacité de la personne, parce qu'alors seulement elle est frauduleuse ; parce qu'il n'est pas présumable qu'on ait voulu faire d'une manière indirecte et déguisée ce qu'on avait droit de faire d'une manière directe et ostensible.

Plus tard, la section des requêtes en est revenue à la jurisprudence de la section civile, qui est aujourd'hui constante (2).

(1) Hérodote, lib. 6. Thucydide, liv. 1. Brodeau. *sur Loiret*, lettre *D*, somm. 64, n° 3.

(2) Merlin, Répert., vis *Donation*, sect. 2, § 6, et *Simulation*, § 5. Zacha-

Les lois romaines l'ont toujours décidé ainsi, et la jurisprudence les a constamment suivies (1). *Donationis causa facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur* (2).

1083. Revenons maintenant aux donations solennelles.

Nous verrons, dans les articles suivants, ce qui a rapport à l'acceptation de la donation par le donataire. C'est là une partie essentielle de l'acte.

1084. Mais, pour compléter ce qui a trait au commentaire de l'art. 931, nous ferons remarquer ici, que lorsqu'une donation se fait par procureur (ce qui peut très-bien avoir lieu, puisque excepté dans les cas où la loi le défend, on peut toujours se faire représenter dans les actes de la vie civile), il est indispensable que la procuration soit revêtue, comme la donation même, de la forme authentique. Ce point est constant, désormais, en jurisprudence, et plusieurs arrêts ont décidé que la procuration ne peut avoir lieu sous seing privé (3). Il est vrai que l'art. 1985 du Code Napoléon admet les procurations sous seing privé (4); mais cet article ne doit être pris que *secundum subjectam materiam* (5). Ici, la nécessité d'une procuration authentique s'explique par la crainte des fraudes, des surprises et des captations.

1085. La jurisprudence exige, aussi, que l'autorisation

riæ, t. V, p. 66. Cassat., 20 novembre 1826 (Dalloz, 27, 1, 60). 25 février 1836 (Devill., 36, 1, 603). 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 621, etc.).

(1) V. un exemple de donation déguisée sous la forme de prêt, et maintenue comme donation dans le C. du président Favre, *De petit. hæredit.* (déf. 6). *Infra*, n° 1147.

(2) L 6. D., *Pro donato*. Pothier, *Pand.*, t. III, p. 154, n° 1.

(3) Cassat., 19 avril 1843 (Devill., 43, 1, 393). 1er décembre 1846 (Devill., 47, 1, 289). Douai, 10 août 1846 (Devill., 46, 2, 496). *Junge* l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843.

(4) Mon comm. du *Mandat*, n° 104.

(5) M. Merlin, Répert., v° *Hypothèque*, 2, 2, 10.

donnée à la femme par son mari, pour faire une donation, soit en la forme authentique (1).

1086. Quant à l'action en nullité de la donation pour vice de forme, nous nous bornons à dire qu'elle dure dix ans, d'après l'art. 1304 du Code Napoléon (2).

ARTICLE 932.

La donation entre-vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

SOMMAIRE.

1087. L'acceptation est de l'essence de la donation. — De l'acceptation dans le droit romain et dans l'ancien droit français.

1088. Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1731, il ne suffit pas de l'acceptation ; il faut en outre la solennité de l'acceptation.

1089. Il n'est pas nécessaire, cependant, d'employer pour l'acceptation des paroles sacramentelles.

1090. La prise de possession ne suffit pas pour dispenser de la formalité de l'acceptation expresse.

(1) Cassat., 1er décembre 1846 (Devill., 47, 1, 289).

(2) Riom, 16 juin 1843 (Devill., 43, 2, 543). Bordeaux, 26 janvier 1841 (Devil., 41, 2, 616). *Contra*, Caen, 26 février 1827 (Devill., 28. 2, 115).

1091. Tant que cette acceptation ne lui a pas été régulièrement manifestée, le donateur peut révoquer sa donation ;

1092. Alors même que le donataire aurait été mis en possession de la chose.

1093. Les mineurs et autres privilégiés ne peuvent se faire restituer contre le défaut d'acceptation.

1094. Si la donation est faite à deux personnes, l'acceptation de l'une ne profite pas à l'autre ; elle ne vaut au profit du donataire acceptant que pour sa portion :

1095. A moins que la donation n'ait été faite *in solidum*.

1096. L'acceptation doit être revêtue des mêmes formalités que la donation.

1097. De l'époque de l'acceptation de la donation.

1098. La donation ne peut être acceptée que du vivant du donateur. —Pour quels motifs.

1099. Les héritiers du donataire ne pourraient accepter la donation.

1100. *A fortiori* ses créanciers.

1101. L'acceptation faite du vivant du donateur et en la forme authentique doit être, en outre, connue du donateur.

1102. Conséquence, quant à la notification de l'acceptation.

1103. Le donateur peut, toutefois, relever le donataire du défaut de notification, en déclarant, même par acte sous seing privé, qu'il a connu l'acceptation.

1104. Les héritiers du donataire pourraient notifier au donateur l'acceptation de leur auteur. — Les créanciers ont le même droit.

1105. Ces règles sur l'acceptation expresse et solennelle ne sont pas applicables aux donations indirectes et déguisées.

1106. Ni aux donations indirectes autorisées par l'art. 1121.

1107. Dans ce dernier cas même, le donataire peut accepter après la mort du donateur.

COMMENTAIRE.

1087. L'acceptation est de l'essence de la donation. Cicéron a très bien dit : « *Neque donationem sine acceptione intelligi posse* (1). » Ceci découle du droit naturel et des pre-

(1) Topic., 8.

mières notions que les hommes ont dû se former des conventions. La raison enseigne que celui qui donne ne peut forcer le donataire à recevoir une chose contre son gré, et lui-même n'entend l'abandonner qu'à condition que ce dernier voudra en faire son profit. « *In omnibus rebus quæ* » *dominium transferunt, concurrere oportet effectus ex utraque* » *parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive* » *alia quælibet causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque* » *consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non po-* » *test* (1). » De là cette règle si connue : *Non potest liberalitas nolenti adquiri* (2). Tels sont les principes. Les Romains les pratiquèrent non-seulement dans le droit privé mais encore dans le droit public, ainsi que leur histoire en fait foi (3).

Lorsque le droit romain se fut relâché de la rigueur des formes en ce qui touche les donations (4), il se contenta d'une acceptation tacite pour leur plénitude et leur validité (5). Ainsi, si le donataire entrait en possession de la chose donnée, il témoignait suffisamment par là qu'il acceptait la donation, et cela en vertu du principe que : *Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu* (6).

Mais notre droit coutumier, plein d'aversion pour les donations, s'éloigna de cette simplicité, et la jurisprudence la remplaça par une sévérité telle qu'aucun équipollent ne fut plus admis, et qu'on exigea que l'acceptation fût faite en termes exprès, sans que la présence du donataire à l'acte et

(1) L. 55, D., *De oblig. et act.*

(2) L. 17, § 2, D., *De donat.*

(3) Témoin le fait de Mancinus, qui, ayant été donné aux Numantins par le peuple romain, et non accepté par eux, resta citoyen romain (en 617). Furgole, *quæst.* 47, no 25.

(4) *Supra*, nos 516, et suiv. et no 1037.

(5) L. 6, C., *De donat.* L. 12, § 8, D., *Mandat.* L. 10, D., *De donat.*

(6) L. 5, D., *Ratam rem haberi.* Voët, lib. 39, t. V, nos 11, et 12.

l'apposition de sa signature pussent couvrir le défaut d'acceptation solennellement mentionnée (1).

L'ordonnance de 1731 fut rédigée dans ces principes. L'article 6 porte : « L'acceptation de la donation sera expresse, » sans que les juges puissent avoir aucun égard aux circon- » stances dont on prétendrait induire une acceptation tacite » ou présumée, et ce quand même le donataire aurait été » présent à l'acte de donation, et qu'il l'aurait signé, ou » quand il serait entré en possession des choses données (2) ».

Il était donc constant que l'acceptation de la donation ne pouvait avoir lieu par équipollent ; qu'elle devait être accomplie en termes spécifiques (3). Ce contraste entre le droit romain et le droit français a porté les romanistes à traiter la formalité de l'acceptation, de barbare accessoire : *barbaro annexu* (4). On ne peut se dissimuler, en effet, que l'amour de la forme n'aille très-loin dans cette sévérité due à l'éloignement du droit coutumier pour les donations.

1088. L'article 932 du Code Napoléon est cependant la répétition abrégée de l'article 6 de l'ordonnance de 1731.

Il ne suffit donc pas que l'acceptation du donataire ait concouru avec la donation ; il faut que cette acceptation soit manifestée par des paroles expresses. Aujourd'hui, comme du temps de Pothier, il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation, laquelle est une des formalités extérieures nécessaires pour la validité de la donation (5).

(1) Ricard, *Donat.*, part., n° 838. Argou, t. I, p. 264. Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 2, art. 1.

(2) Furgole, sur cet article, résume l'ancienne jurisprudence.

(3) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 4, n° 4.

(4) Heineccius, sur les Inst., *De donat.*, cite une dissertation de Ludewig intitulée : « *De donatione, ejusque barbaro adnexu, acceptatione.* »

(5) Nancy, 2 février 1838 (Devill., 38, 2, 203). Pourvoi rejeté, req., 27 mars 1839 (Devill., 39, 1, 269). Rennes, 20 mars 1841 (Devill., 41, 2, 418). Il s'agissait d'une donation faite à un mari par sa femme. Le mari avait été

La raison de cette sévérité du Code Napoléon est la même que celle qui avait excité la sollicitude des coutumes. C'est que les donations entre-vifs ne sont pas toujours favorables ; c'est qu'il y a beaucoup de cas où on peut les désapprouver. Cujas a très-bien dit : » *Sunt juris auctores in illis approban-* » *dis et recipiendis* (*donationibus*) *restricti* ; *nam neque est op-* » *timi patris familias donare... posset multis exemplis* » *demonstrari donationes quodam modo improbari, factas* » *inter vivos* (1). »

1089. Ceci ne veut pas dire que l'acceptation se doive nécessairement manifester par des paroles sacramentelles, telles que celles-ci : « J'accepte avec reconnaissance », ou « qui déclare accepter ». La nécessité des paroles sacramentelles est incompatible avec la simplicité de notre droit : il suffit que l'acceptation soit expresse et formelle. Peu importent, après cela, les mots dont on s'est servi.

Ainsi, par exemple, si l'acte de donation d'une somme d'argent constate que cette somme a été reçue par le donataire après avoir été comptée, et qu'il en a donné quittance, il sera difficile de trouver, dans ce concours d'énonciations, le défaut d'acceptation expresse. La quittance du donataire, c'est-à-dire l'acte par lequel il déclare avoir reçu la somme en sa qualité, renferme expressément tout ce qui constitue une acceptation formelle (2). Ce n'est pas là une acceptation présumée, c'est une acceptation aussi certaine, aussi énergique, aussi parlante que possible.

1090. Mais il n'y aurait point de relâchement plus grand que de soutenir et de décider que la prise de possession seule

présent à l'acte et avait autorisé sa femme ; mais il n'y avait pas eu d'acceptation expressse.

(1) *Quæst. Papin.*, l. 18, sur la loi 27, D., *De cond. et de demonst.*

(2) Grenoble, 6 janvier 1831 (Dalloz, 32, 1, 91. Devill., 32, 2, 200). M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 374.

suffit pour dispenser de la formalité de l'acceptation expresse (1). L'exécution de la donation ne sauve pas ses imperfections. L'ordonnance de 1731 (article 6) prévoyait ce cas avec précision, et décidait que l'entrée en possession du donataire ne couvre pas le défaut d'acceptation expresse. La prise de possession n'engendre qu'une acceptation présumée et non expresse, une acceptation à peu près semblable à celle qui résulte de la présence du donataire à l'acte et de son contres eing.

M. Toullier a cru pouvoir enseigner, cependant, que, sous le Code Napoléon, la prise de possession a une autorité égale à l'acceptation formelle. Il repousse l'autorité de l'ordonnance, en disant que le Code Napoléon, en ne répétant pas la nullité prononcée par l'ordonnance, l'a rejetée. Mais on ne peut pas raisonner d'une manière plus légère. M. Toullier croit donc que le Code Napoléon se contente de la présence à l'acte du donataire et de sa signature, puisqu'il ne proscrit pas, comme le faisait l'ordonnance de 1731, ces indices d'acceptation (2)? Il est certain que la prise de possession n'est qu'un acte d'exécution. Or, l'exécution volontaire d'une donation ne supplée pas à l'omission des éléments qui doivent la constituer *ab initio*.

1091. Tant que l'acceptation n'a pas été manifestée par des paroles expresses, le donateur n'est pas lié, et il peut retirer son bienfait (3); car il n'y a pas encore, aux yeux de la loi, ce que la loi romaine appelle : *duorum in idem placitum consensus*. Il n'y a qu'un simple projet. Cette question a ce-

(1) *Supra*, n° 1064.

(2) Voy. art. 1339, 1340. Cassat., req., 6 juin 1821 (Denev., 1823, 1, 104 à 109).

(3) Brodeau *sur Louet*, *loc. cit.*, Pothier, *Donat.*, sect. 2, art. 1.

pendant été controversée (1). Ferrières (2), Charondas (3), et Dumoulin (4), avaient soutenu que, même avant l'acceptation, le donateur ne pouvait pas révoquer la donation, parce qu'il ne pouvait pas revenir contre son propre fait. Mais cette opinion n'était pas suivie (5), elle était contraire au principe du droit des gens enseigné par Grotius (6) et Puffendorf (7), savoir : que la promesse non suivie d'acceptation ne produit aucun engagement, même suivant le droit naturel.

1092. Il suit de là que le donateur pourrait révoquer la donation non acceptée expressément, lors même que le donataire aurait été mis en possession de la chose (8). M. Toullier prétend le contraire (9), sur le fondement de lois romaines (10) dont aucune n'est applicable à la matière. Ce n'est pas ici que l'exécution volontaire de l'acte purge les vices originaires dont il est infecté. Il ne faut pas argumenter du droit commun là où un droit spécial a été établi.

Considérons, d'ailleurs, que les formalités des donations n'ont pas été introduites dans l'intérêt unique du donateur ; c'est même plutôt dans l'intérêt de ses héritiers et successeurs légitimes que le législateur les a édictées. Il n'est donc pas logique que le donateur puisse renoncer à des moyens de droit à leur préjudice.

(1) Furgole, *Quest.*, *sur les Donations*, 5, rapporte cette controverse.
(2) *Sur Guy Pape*, q. 222.
(3) *Sur Paris*, art. 275.
(4) Conseil 60, n° 14.
(5) Maynard, l. 7, ch. 84. Coquille *sur Nivernais*, ch. 27.
(6) Lib. 2, c., 2, § 14.
(7) 3, 6, 15.
(8) Arg. des art. 5 et 6 de l'ord. de 1731.
(9) T. V, n° 189.
(10) L. 10, D., *De reb. eor. qui sub tut.* L. 7, § 16, D., *De S. C. maced.* L. 38, D., *De fideicomm. libert.* L. 1, C., *Si maj. fact. rati. habuerit.* L. 16. § 1, C., *De test.*

1093. L'acceptation est tellement de l'essence de la donation, que les mineurs et autres privilégiés ne peuvent être restitués contre le défaut d'icelle. Car ces personnes n'ayant pu acquérir de droits que par l'acceptation qui n'est pas intervenue, il n'y a aucun droit que la restitution puisse leur rendre (1).

1094. Il suit de ce même principe que lorsque la donation est faite à deux personnes dont l'une est absente et l'autre présente, l'acceptation de l'une ne profite pas à l'autre. La seule volonté du donateur ne peut suffire pour attribuer au donataire absent un droit sur la chose donnée (2).

Au reste, la donation ne vaut pas pour le tout au profit du donataire présent et acceptant. Elle ne vaut que pour sa portion : l'autre portion est caduque à l'égard du non acceptant (3).

1095. Mais si la donation est faite *in solidum*, alors toute la libéralité demeure au donataire acceptant *jure non decrescendi* (4), sauf qu'il est obligé de la communiquer à son codonataire, quand celui-ci accepte, parce qu'alors *concursu fiunt partes* (5).

1096. Comme l'acceptation est de la même nature que la donation, il faut qu'elle soit revêtue de formalités semblables. Elle doit être rédigée dans la forme authentique. Ceci ne s'applique pas aux libéralités indirectes prévues par l'art. 1121, ainsi que nous le verrons au n° 1106.

(1) Ord. de 1731, art. 14. Furgole sur ce texte.

(2) Furgole, quest. 1, n° 5. Ricard, part. 1, n° 871 ; Rousilhe, *Jur. des don.*, n° 277. V. aussi Bordeaux, 3 août 1858 (Dalloz, 59, 2. 149). *Junge.* MM. Toullier, t. 5, n° 192; Coin-Delisle, art. 933, n° 4; Massé et Vergé *sur Zachariæ*, t. 3, § 426, note 19.

(3) Furgole, *loc., cit.*, n°s 8, 9, 21. M. Bayle-Mouillard, t. I, n° 56, note.

(4) Id., n° 21.

(5) Id., n° 21.

1097. Voyons maintenant l'époque à laquelle la donation peut être acceptée. Nous avons dit ci-dessus (1) qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation ait lieu en même temps que la donation même : elle peut intervenir postérieurement et par une manifestation séparée. Nous avons expliqué, au lieu précité, les règles relatives à la capacité des parties, alors que la donation et l'acceptation sont séparées par un trait de temps (2).

1098. Mais ce qui est capital en cette matière, c'est que la donation étant une convention qui requiert la rencontre de deux volontés, on ne peut accepter une donation que du vivant du donateur. L'acceptation faite après sa mort viendrait trop tard et à une époque où le concours des deux volontés est devenu impossible : *Quia post mortem, dominium incipit discedere ab eo qui dedit* (3). Un simple changement de volonté arrivé avant l'acceptation suffit pour révoquer ce qui a été fait; à plus forte raison doit-il en être de même de la mort, qui sépare à jamais les deux volontés : *Mors omnia solvit.*

1099. Il y a plus : les héritiers du donataire ne peuvent pas accepter la donation qu'il n'avait pas acceptée au moment de l'acte. La faculté d'accepter n'est pas un droit réel; c'est une faculté personnelle et intransmissible. La raison en est que quand on se dépouille de ses biens, ce n'est pour l'ordinaire que par des considérations personnelles d'amitié ou d'affection. Ne serait-il pas injuste de faire passer la donation à des héritiers que le donateur n'avait pas en vue (4)?

(1) N° 440.

(2) Ibid.

(3) L. 9 § 1. D., *De jure dot.* (Pothier. *Pand.*, t. II, p. 28, n° 51).

(4) Écoutons le président (Favre *Codex fabrian.*, liv. 8, t. XXXVIII, déf. 19 et 21) : « *Nam licet*, dit cet auteur, *qui donat inter vivos malit donatarium habere quam se ipsum, maluit tamen se habere quam hæredem*

1100. Il faut dire, par suite, que les créanciers du donataire ne peuvent accepter pour lui la donation qui lui a été faite sans acceptation immédiate (1). Vainement diraient-ils que le donataire refuse d'accepter pour faire fraude à leurs droits. Le donateur qui n'est lié que par le consentement du donataire est censé retirer le sien, si la donation n'est acceptée que par des personnes en faveur desquelles il n'a pas eu l'intention d'être libéral (2).

1101. Il ne suffit pas que l'acceptation subséquente émanée du donataire ou de son mandataire, soit faite du vivant du donateur, et dans la forme authentique. Il faut encore qu'elle soit connue du donateur. C'est pourquoi l'art. 932 exige que l'acceptation lui soit notifiée (3).

Dans les contrats onéreux, il est de principe que tant que l'acceptation de l'une des parties n'est pas connue de l'autre, elle n'est pour celle-ci qu'une volonté invisible et sans valeur ; elle ne forme pas le lien. Mais dans les actes de libéralité, on tenait autrefois pour constant que l'acceptation suffisait pour opérer le *vinculum juris*, avant même que le donateur n'en fût informé (4). On trouve une trace de ce dernier point dans l'art. 1121 du Code Napoléon.

Le Code n'a pourtant pas cru devoir le consacrer pour ce qui concerne les donations proprement dites. C'est le Tribunat qui proposa cette innovation par des raisons qui ne

» *donatarii. Neque enim donatio fit nisi ob bene merita, quæ futuri hæ-* » *redis nulla esse possunt, cum futurus hæres sit semper incertus.* » Voy. également Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 13, et Furgole, quest. 7.

(1) L. 5, D., *Quæ in fraudem*. Lebrun, *Successions*, p. 538. col. 8, M. Touiller, t. t. V, n° 211,

(2) *Infra*, n° 2159.

(3) Grotius, *De jure pacis*, 2, c. 11, § 15. Mon comm. du *Louage*, n° 105. note. Thémis, t. VII, p. 380.

(4) Grotius, *loc. cit.*

sont pas sans force (1) : « L'acceptation peut se faire à cent » soixante ou deux cents lieues du domicile du donateur : il » peut l'ignorer. Est-il juste que, par défaut de connaissance » de cette acceptation, il soit incertain sur sa propriété, » et qu'il coure le risque de tromper des tiers avec lesquels » il pourrait contracter ? » Il est vrai qu'il n'est guère naturel que celui qui s'est décidé à donner montre d'assez mauvaises dispositions d'esprit pour ne pas laisser au donataire le temps nécessaire pour accepter. Cela n'est guère compatible avec un mouvement de libéralité.

1102. De cette nécessité de la notification de l'acceptation, il suit que si le donateur décédait, ou devenait incapable, après l'acceptation, mais avant qu'elle lui eût été notifiée, cette acceptation serait de nul effet à son égard (2). Il suit encore que, si avant la notification de l'acceptation, le donateur avait aliéné la chose donnée ou une partie de la chose, s'il l'avait hypothéquée, grevée de servitudes, etc., tout cela retomberait sur le donataire.

1103. Au surplus, le donateur peut relever le donataire, en déclarant qu'il a connu son acceptation et qu'il le dispense d'une notification expresse. Mais peut-on suppléer à cette reconnaissance par des conjectures et des présomptions? Un acte est indispensable. Pourtant je ne crois pas qu'il doive être dans la forme authentique (3). Le mot *notifié* n'exclut pas les actes sous seings privés qui établissent que le donateur a reçu la preuve de l'acceptation.

(1) Fenet, t. XII, p. 450.

(2) Angers, 28 novembre 1855 (Devill., 56, 2, 16) ; Besançon, 2 mai 1860 Devill., 60, 2, 590) Conf. MM. Demante. *Thémis*, t. 7, p. 380 ; Grenier et Bayle-Mouillard, n° 138 *bis* ; Coin-Delisle, art. 932, n° 15 ; Marcadé, *Ibid.*, n° 6 ; Saintespès-Lescot, t. 3, n° 620 ; *Dict. du Notariat*, 4e édit., vo Acception de donation, nos 214 et suiv.

(3) *Contra*, M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 377, note.

1104. Et comme le défaut de notification n'enlève à la donation ses effets qu'à l'égard du donateur, et non à l'égard du donataire, il suit que le donataire venant à décéder après son acceptation, mais avant la notification, ses héritiers pourront faire signifier cette acceptation au donateur, et l'obliger, par là, à la délivrance de la chose donnée. Ajoutons qu'au fond, il y a une grande différence entre l'acceptation et la notification. L'acceptation est de l'essence de la donation; c'est une formalité substantielle. La notification n'est qu'une formalité accessoire introduite en faveur du donateur, afin de lui faire savoir qu'il est désormais lié et obligé à la prestation de la chose donnée; peu importe qu'il apprenne cette obligation du donataire ou de ses héritiers (1).

Par la même raison les créanciers du donataire décédé après avoir accepté, pourraient notifier l'acceptation au donateur (2).

1105. Tout ce que nous venons de dire de l'acceptation expresse et solennelle n'est essentiel que dans les donations directes.

Mais les donations indirectes et détournées, les donations cachées sous la forme de vente ou de tout autre contrat onéreux, les dons manuels, etc., etc., tout cela a une valeur inattaquable sans le concours de l'acceptation solennelle. En effet, un acte qui a une existence propre n'a besoin que des formes qui sont de sa nature, et il serait déraisonnable d'exiger, pour sa validité, des formes qui appartiennent à un autre ordre d'actes et de contrats.

1106. Nous en dirons autant des donations indirectes autorisées par l'art. 1121 du Code Napoléon; elles ne sont pas

(1) M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 377. M. Coin-Delisle, no 18. *Contra*, M. Toullier, t. V, no 212.

(2) M. Bayle-Mouillard, t. I, p. 377.

soumises à la prescription rigoureuse de notre article. Car la donation n'y figure que *submodo*, et comme condition à accomplir et nullement comme disposition principale. Une acceptation quelconque suffit. Mais tant que cette acceptation n'a pas eu lieu, le donateur peut révoquer sa libéralité (1).

1107. Que s'il décède sans l'avoir révoquée, le donataire peut très-bien l'accepter, même après cet événement (2). Ceci n'est pas en contradiction avec ce que nous disions ci-dessus (3) de la nécessité de l'acceptation de la donation du vivant du donateur. La donation est une convention : le concours de deux volontés se rencontrant sur un même point y est indispensable (4). Mais, dans notre espèce, aucune convention n'existe avec le tiers gratifié. Il n'est introduit dans la donation que pour y faire le sujet d'une condition ou d'une charge.

ARTICLE 933.

Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par lui, ou en son nom par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites.

(1) Grenoble, 9 août 1843 (Devill., 45, 2, 486). Il n'y avait pas d'acceptation. La notice est inexacte. — Conf. req. 22 juin 1859 (Devill., 61, 1, 151). Toulouse, 17 novembre 1832 (Devill., 33, 2, 14). V. aussi MM. Massé et Vergé, t. 3, § 617, p. 565, note 16; Larombière, t. 1, art. 1121, n° 5, et le Dict. du Notariat, 4e édit., v° Stipulation pour autrui, n° 21. *Contra*, Bordeaux, 21 juillet 1827 (Devill. Coll. nouv., t. 8, 2, 396).

(2) Duranton, t. X, nos 241 et suiv. Pothier, *Oblig.*, n° 73.

(3) N° 1098.

(4) L. 1, § 1, D., *De pactis*.

Cette procuration devra être passée devant notaires ; et une expédition devra en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé.

SOMMAIRE.

1108. L'acceptation d'une donation peut être faite par procureur.
1109. Le mandat doit alors être passé en la forme authentique.—Pour quels motifs.
1110 Il doit, de plus, être spécial.
1111. Toutefois, le donataire pourrait, du vivant du donateur, ratifier l'acceptation d'un *negotiorum gestor*.
1112. Il est défendu aux notaires d'accepter les donations, comme stipulant pour les donataires absents.
1113. Une expédition de la procuration doit être jointe, en outre, à l'acte contenant l'acceptation. — *Quid* d'une procuration en brevet?
1114. Si le donataire meurt avant que son fondé de pouvoir ait accepté la donation, l'acceptation ne peut plus avoir lieu.
1115. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1108. Bien que la donation soit un acte solennel, elle n'exige pas la présence réelle du donataire et sa comparution en personne pour accepter. Le donataire peut accepter par lui ou par un fondé de pouvoir. L'acceptation est donc une de ces choses qui peuvent se faire par procuration (1).

1109. En général, le mandat peut se donner par acte sous seing privé (2). Mais, en cette matière, un tel mandat n'a aucune force ni valeur. Non-seulement le mandat pour accepter doit être écrit, mais il doit être encore dans la forme

(1) Art. 5 de l'ord. de 1731.
(2) L. 1, D. *Mandati*. L. 2, § 2, D., *De oblig. et act.*

authentique. C'est une sévérité ajoutée à l'ordonnance de 1731, qui admettait les procurations par écritures privées (1).

1110. Ce n'est pas tout, et bien que l'ordonnance de 1731 admît la validité des acceptations faites par un mandataire ou procureur général (2), le Code, plus rigide à l'égard des donations, veut que la procuration soit nécessairement spéciale pour telle donation en particulier, ou du moins spéciale pour toutes les donations qui pourraient être faites (3).

Ainsi, sous le Code Napoléon, un procureur qui agirait avec une procuration générale, et à plus forte raison un simple *negotiorum gestor*, n'auraient pas de pouvoirs suffisants pour accepter. Leur acceptation ne produirait aucun effet utile (4); l'art. 933, beaucoup plus inexorable que l'ordonnance de 1731, qui autorisait l'acceptation par un porte-fort, a entendu que nulle acceptation sans mandat ne serait admise.

1111. Le donataire pourrait toutefois se la rendre propre en la ratifiant; mais il faudrait que la ratification (5) eût lieu du vivant du donateur, et qu'elle fût en forme authentique, et notifiée; et elle ne produirait d'effet que du jour de cette notification. On sent qu'elle vaudrait moins comme ratification que comme acceptation primitive (6).

1112. Autrefois les notaires étaient dans l'usage d'accepter les donations, comme stipulants pour les donataires absents. L'art. 5 de l'ordonnance de 1731 leur en fit très-ex-

(1) Furgole sur l'art. 5 de l'ord. de 1731.

(2) Art. 5, et Furgole.

(3) Cassat., req., 4 juillet 1848 (Devill., 48, 1, 710).

(4) Bordeaux, 5 février 1827 (Devill., 8, 2, 326, 327). Liége, 23 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 193).

(5) Id.

(6) Voy. dans Devill., 48, 1, 710, à la note, des observations à cet égard et l'état des opinions.

presses défenses (1). Ces défenses ont encore plus de force sous le Code Napoléon, qui n'admet pas les acceptations sans mandat. Le notaire rédacteur est, en effet, préposé pour prêter aux parties qui comparaissent devant lui, le ministère de l'instrumentation, mais non pas pour les représenter.

1113. Non-seulement la procuration doit être authentique et spéciale ; il faut même qu'une expédition de l'acte passé par devant notaire, soit annexée à la minute de la donation (2), ou à la minute de l'acceptation faite par acte séparé.

De là, il resulte que la procuration pour accepter ne saurait être valable qu'autant qu'il en reste minute, et qu'elle serait imparfaite si elle était en brevet. Les termes de notre article sont formels à cet égard : car, puisqu'ils exigent l'annexe de l'expédition de la procuration notariée, ils excluent, par là, l'annexe d'une procuration passée en brevet.

Cependant, la plupart des auteurs estiment qu'une procuration passée en brevet et annexée à la donation serait suffisante (3). Cette opinion est plus conforme au droit commun et à l'équité. Mais elle paraît contrariée par le droit spécial et le formalisme que le Code fait prévaloir en matière de donation.

1114. Si le donataire, après avoir chargé un fondé de pouvoir d'accepter pour lui, meurt avant que son mandat ait été rempli, la donation est nulle pour défaut d'acceptation ; car le mandat est éteint par la mort (4).

(1) Voy. Furgole sur ce texte. Il se livre à des recherches intéressantes sur les tabellions, d'après Cujas sur la loi 15. C. *De decurionibus*, et l. 3, C., *De tabulariis*.

(2) Art. 5 de l'ord. de 1731.

(3) Toullier, V. 191. MM. Dalloz, ch. 4 sect. 1, art. 2. Coin-Delisle n° 6 *Contra*, MM. Duranton, t. VIII, n° 431. Marcadé, n° 1, sur 933. *Dict. du Not.*, 4e édit., v° *Accept. de don.*, n° 160.

(4) Furgole, quest. 7.

1115. Au reste, nous verrons, par l'art. 1087, que les règles de l'art. 933 ne sont pas applicables aux donations par contrat de mariage à l'un des futurs époux.

ARTICLE 934.

La femme mariée ne pourra accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219 au titre *du Mariage*.

SOMMAIRE.

1116. Motifs de la nécessité de l'autorisation maritale prescrite par l'art. 934.
1117. Dans l'ancien droit français, ce défaut d'autorisation produisait une nullité absolue.
1118. En est-il de même sous le Code?
1119, Raisons qui doivent faire décider l'affirmative.
1120. L'autorisation du mari, donnée après le décès du donateur, serait tardive.
1121. La femme a besoin de cette autorisation, quel que soit le régime auquel elle est soumise.
1122. Le mari peut-il accepter la donation faite à sa femme absente, lorsqu'il n'a pas de procuration?

COMMENTAIRE.

1116. Le Code, après avoir traité, dans l'article 905 (1), du droit de la femme mariée pour donner, s'occupe, dans l'art. 934, du droit de la femme pour accepter une donation. Il ne permet pas qu'une femme mariée puisse faire acceptation d'un don entre-vifs sans la permission de son mari (2).

(1) *Supra*, n° 592.
(2) Art. 9 de l'ord. de 1731.

La raison en est qu'une donation peut souvent imposer des charges à celui qui en est l'objet, et que l'autorisation maritale ayant été introduite tant dans l'intérêt du mari que dans l'intérêt de la femme, souvent peu expérimentée dans les affaires, il faut nécessairement que la femme ne puisse faire un acte si important, sans avoir pris conseil de celui que la loi charge de lui donner assistance en toute occasion. D'ailleurs une donation peut être souvent chez une femme l'encouragement à une conduite déréglée et un appât pour le libertinage. Il est donc aussi dans l'intérêt des mœurs que le mari participe à l'acceptation, et c'est ici le cas d'appliquer ces belles paroles rapportées, quoique dans un cas différent, par la loi 51, D., *De donat. inter vir. et uxor.* « *Evitandi au-* » *tem turpis quæstus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mu-* » *cius probasse.* »

1117. Autrefois l'on tenait à peu près pour constant que le défaut d'autorisation du mari opérait une nullité radicale de l'acceptation (1). Il y avait, pour cela, des raisons spéciales. Les raisons générales étaient celles-ci : les femmes étaient, en pays coutumier, frappées d'une incapacité radicale, et elles ne pouvaient, sans leurs maris, ni s'obliger, ni obliger les autres. On pensait que la puissance du mari n'était pas introduite en faveur de la femme, mais en vertu de l'ordre public, comme une déférence qu'elle devait à son mari. Or, cette doctrine, qui n'était pas sérieusement contestée, et que professaient les plus graves auteurs, était surtout celle de D'Aguesseau, qui en avait été imbu de bonne heure (2). Il ne faut donc pas s'étonner qu'il ait rédigé l'art. 9 de l'ordon-

(1) Ricard, *Donat.*, part. 1, n° 846. Furgole sur l'art. 9 de l'ord. de 1731. Pothier, *Oblig.*, n°s 50, 52.

(2) Il disait, en effet, dans son pladoyer du 3 avril 1691 : « C'est l'intérêt » du mari qui a fait établir la nécessité de l'autorisation maritale. C'est un » principe dont tous nos docteurs conviennent. »

nance de 1731, de manière à faire entendre que le défaut d'autorisation produisait une incapacité absolue, et qu'il y avait, à l'égard de la femme non autorisée, une prohibition *importantem vim præcisam et excludentem potentiam juris et facti.* Quant à la raison particulière qui venait fortifier le système général, c'est qu'il faut que la donation soit fixe, permanente, irrévocable, tant de la part du donataire que du donateur ; ce qui n'a pas lieu si la donation est faite à une personne qui, grâce à son incapacité, peut se dégager (1).

1118. Ces idées sont-elles passées dans le Code Napoléon? L'art. 934 en est-il la consécration ?

La question est controversée : les uns soutiennent que la nullité est purement relative, et ils argumentent du système général du Code, qui, dans les articles 225 et 1125, déclare que ceux qui se sont engagés avec la femme ne peuvent faire valoir le défaut d'autorisation, qu'il n'y a que la femme, son mari et leurs héritiers, qui soient fondés à en exciper. Ce qui est dire, en d'autres termes, qu'il n'y a dans la femme qu'une incapacité relative et non absolue. Ils en concluent, contrairement à l'opinion de Furgole, de Pothier, et à l'ordonnance de 1731, que le défaut d'autorisation ne vicie pas l'acceptation faite par la femme, qu'elle ne la vicie que relativement à la femme, à son mari ou à leurs héritiers ; mais que le donateur ne pourrait pas opposer cette absence d'autorisation, d'après les innovations législatives introduites par les art. 225 et 1125 (2).

D'autres (3), à l'inverse, sont d'avis que l'art. 934 du Code

(1) Ricard, *Donat.*, no 846.

(2) MM. Toullier, t. V, n° 193. Marcadé sur l'art. 934; Saintespès-Lescot, t, 3, no 660; Taulier, t. 4, p. 65 : Viaud, *Puiss. marit.* p. 368. V. aussi un arrêt de la cour d'Alger, du 31 juillet 1854 (*J. Pal.* 1854, t. 2, p. 138).

(3) MM. Grenier, no 61 *bis ;* Merlin, Répert., t. XVI, v° *Donation ;* Proudhon, *Des personnes,* t. I, p. 273. Rodière, *J. Pal.* 1857, p. 1117.

Napoléon, faisant exception aux art. 225 et 1125, a eu la volonté de reproduire, pour la matière spéciale des donations, les dispositions rigoureuses de l'ordonnance de 1731, et c'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts (1).

1119. Cette dernière opinion est préférable. Je m'arrêterai peu aux expressions *ne pourra*, dont on a trop argumenté pour arriver à la preuve d'une incapacité absolue. La combinaison des art. 217 et 225 du Code Napoléon peut énerver beaucoup la force de cet argument de texte. Je le laisse donc pour ce qu'il vaut, sans cependant vouloir le mépriser.

Mais voici ce qui est plus décisif.

Dans la donation, l'acceptation n'est pas, comme dans les conventions ordinaires, une affaire de simple et nu consentement ; l'acceptation doit se produire avec certaines formes et sous certaines conditions. Tout est de rigueur dans cette matière peu favorable qui dépouille les familles, ou qui y établit de fâcheuses inégalités. C'est pourquoi le législateur, attachant la plus haute importance aux formalités de l'acceptation, a pris le soin de les tracer lui-même selon l'état des personnes auxquelles la donation est faite. Que si la donation n'est pas duement acceptée, elle n'est pas parfaite, ainsi qu'il résulte de l'art. 938. Or, si elle n'est pas parfaite, elle ne lie pas le donateur, et le donateur peut la révoquer. Tel est l'enchaînement d'idées qui conduit aux mêmes consé-

(1) Toulouse, 27 janvier 1830 (Devil., 9, 2, 385). Limoges, 15 avril 1836 (Devill., 36, 2, 241). *Junge* Riom, 14 août 1829. (Devill., 9, 2, 322, 323. Dalloz, 32, 2, 76). Grenoble, 14 juillet 1836 (Dalloz, 37, 2, 157. Devill., 39, 2, 259). Dans ces deux derniers arrêts, il s'agit de donations faites à des mineurs. — La cour de cassation s'est prononcée dans ce sens, en cassant l'arrêt de la cour d'Alger cité à la note précédente. Cass. 14 juillet 1856 (*J. Pal.*, 1857, p. 1117); et la cour d'Aix, devant laquelle l'affaire a été renvoyée, a consacré également le système de la nullité absolue. Aix, 19 novembre 1857 (*J. Pal.*, 1859, p. 67).

quences que l'ordonnance de 1731, et fait retrouver, dans l'art. 934, son esprit avec son texte.

C'est ce qu'exprimait le tribun Jaubert : « L'acceptation » qui ne lierait pas le donataire ne saurait engager le dona- » teur. Ainsi, il est naturel que la femme mariée ne puisse » accepter sans le consentement de son mari ou l'autorisa- » tion de la justice ; que l'autorisation du gouvernement » doive précéder l'acceptation des administrateurs des com- » munes ou des hospices ; que la donation faite à un mineur » ne soit acceptée que par son tuteur ou par un de ses ascen- » dants, etc., etc. (1) ».

On voit, par là, que, bien que le Code Napoléon se soit écarté de l'ancien droit en ce qui concerne le caractère général de la nullité des engagements de la femme non autorisée, il s'y rattache cependant sur le point particulier des donations, et cela parce qu'il ne faut pas que la donation soit boiteuse, parce qu'il faut qu'elle soit ferme, stable et irrévocable de part et d'autre.

1120. De ces points de droit, il résulte que l'autorisation du mari, donnée après le décès du donateur, serait tardive. Elle se produirait alors que les choses ne sont plus entières, et que les deux volontés, dont la perfection est nécessaire, ne peuvent plus se réunir (2).

1121. La disposition de l'art. 934 est applicable, soit que la femme soit commune en biens, soit qu'elle soit mariée sous le régime dotal, ou qu'elle soit séparée de biens. En pays de droit écrit où l'on suivait le droit romain, et où les femmes étaient affranchies du pouvoir marital pour leurs biens paraphernaux, la femme pouvait seule accepter la donation qui entrait dans ses paraphernaux. Il en était autrement en pays coutumier.

(1) Fenet, t. XII, p. 596.

(2) Arrêt déjà cité de la cour de Toulouse, du 27 janvier 1830.

La femme était, dans tous les cas, soumise à la puissance maritale. Le Code Napoléon a été rédigé dans les principes du droit coutumier.

1122. Le mari peut-il accepter la donation faite à sa femme absente, lorsqu'il n'a pas de procuration ?

Le parlement de Toulouse jugeait cette question pour la négative ; mais, au parlement de Bordeaux, on se fondait sur la loi 21 C. *De procurat.* (1), qui regarde le mari comme le procureur légal de sa femme, *etiam citra mandatum*, et décidait que le mari pouvait accepter sans procuration une donation faite à sa femme absente. Furgole (2) approuve cette jurisprudence ; il trouve qu'elle ne peut surtout souffrir de difficulté dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, à cause de l'intérêt personnel du mari, qui en sa qualité d'associé, peut faire l'avantage de la société, s'agissant surtout d'une société dont il est le maître.

Mais aujourd'hui que l'art. 933 a profondément modifié les principes de l'ordonnance de 1731, aujourd'hui que la loi n'admet plus de procuration générale, et qu'une procuration spéciale est exigée, nous pensons que la doctrine de Furgole ne saurait être suivie.

Quand le Code Napoléon a voulu admettre des représentants légaux, il l'a dit, ainsi que nous le verrons dans l'article suivant. Ici, rien de semblable : la femme doit accepter en personne, pourvu qu'elle soit autorisée.

Article 935.

La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par son tuteur, con-

(1) Pothier, *Pand.* t. I, p. 103, n° 30.
(2) Quæst. 4.

formément à l'art. 463, au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.*

Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur.

Néanmoins les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs, ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui.

SOMMAIRE.

1123. Nécessité et formalités de l'acceptation par le tuteur, s'il s'agit d'une donation faite à un mineur ou à un interdit.

1124. Acceptation par le curateur, s'il s'agit d'une donation faite à un mineur émancipé.

1125. L'omission de ces formalités entraîne-t-elle la nullité absolue de l'acceptation? — *Quid* sous le régime de l'ordonnance de 1731?

1126. *Quid* sous le régime du Code?

1127. Les ascendants des mineurs peuvent aussi accepter pour eux les donations. — Raisons de cette disposition.

1128. Dans ce cas, les ascendants ne sont pas tenus de prendre l'autorisation du conseil de famille.

1129. La mère (ou l'aïeule), pour accepter la donation faite à son fils (ou petit-fils) mineur, n'a pas besoin d'être autorisée par son mari.

1130. Les ascendants d'un interdit ont le même droit d'acceptation que les ascendants d'un mineur.

1131. Il en est de même des père et mère des enfants naturels reconnus.

1132. Les ascendants peuvent accepter pour leurs enfants conçus au moment de la donation.

1133. *Quid* si le tuteur veut faire à son pupille une donation?

1134. Le mineur lésé par le défaut d'acceptation a un recours contre son tuteur.

1135. Même dans le cas où le tuteur serait en même temps le donateur.

1136. L'action en garantie empêche le mineur de se faire restituer contre le défaut d'acceptation.

COMMENTAIRE.

1123. Après avoir traité de l'acceptation de la femme mariée, le Code Napoléon s'occupe, dans l'art. 935, d'un point analogue, c'est-à-dire de l'acceptation de la donation faite à un mineur ou à un interdit.

Et d'abord, quand le mineur n'est pas émancipé, ou quand la personne est interdite, c'est le tuteur, représentant de ces individus, qui accepte pour eux : la loi ne fait pas compte de leurs personnes. Elle ne connaît que celui qui gère leurs intérêts. Seulement le tuteur ne peut accepter, d'après l'art. 463 du Code Napoléon, auquel renvoie notre article, qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

L'ordonnance de 1731 (art. 7) dispensait l'acceptation du tuteur de tout avis de parents. Mais notre article est plus sévère, et conformément à l'opinion de Ricard (1), proscrite par l'ordonnance de 1731, il impose en termes impératifs et restrictifs l'obligation de prendre l'autorisation du conseil de famille (2).

1124. Du reste, les formalités ne sont pas si rigoureuses pour l'émancipé : il peut accepter avec la simple assistance de son curateur.

1125. Que si ces formalités viennent à être omises, tant à l'égard du mineur non émancipé que du mineur émancipé, l'acceptation sera-t-elle nulle d'une nullité absolue?

Cette question a partagé les auteurs qui ont écrit sous le régime de l'ordonnance de 1731, et même avant sa promul-

(1) P. 1, no 859.
(2) M. Grenier, t. I, no 61.

gation. Ricard pensait (1) que le mineur seul ne pouvait valablement accepter une donation, et qu'il résultait de là une nullité radicale et absolue; il se fondait sur ce que si, dans la plupart des cas, le mineur peut, sans l'assistance de son tuteur, rendre sa condition meilleure, il ne faut pas appliquer ce principe aux actes qui, comme la donation, demandent une solennité exacte, et conséquemment une habilité parfaite entre toutes les personnes dont le consentement est nécessaire pour les former. Dans le droit romain on voit que le mineur ne pouvait, sans son tuteur, faire adition d'une hérédité même avantageuse, parce que l'adition d'hérédité était un acte solennel et légitime (2). D'ailleurs, en considérant la chose dans son principe, l'acceptation n'est si solennellement requise que parce qu'il est de la nature des donations qu'elles soient fixes, permanentes et irrévocables, tant de la part du donateur que du donataire; ce qui ne peut pas se rencontrer si l'acceptation est faite par une personne incapable de s'obliger : la donation, quoique pure et simple, étant toujours faite sous des charges et conditions tacites. Cependant Ricard ajoute que la question était problématique au palais.

Furgole, après avoir combattu Ricard (3), en est revenu à l'opinion de ce jurisconsulte qu'il a soutenue avec force dans son commentaire de l'art. 7 de l'ordonnance de 1731. En effet, le texte de cet article jette dans la balance un poids considérable en faveur de la nullité. Enfin D'Aguesseau (4), rédacteur de ce beau monument de législation, s'était prononcé pour la nullité absolue de l'acceptation faite par les

(1) *Donat.*, part. I, nos 844 et suiv.

(2) L. 9, § 2, D., *De auctorit. et consensu tutor.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 116, nº 3.

(3) Quæst. 2.

(4) Lettre du 25 juin 1731. Cette lettre est la 290e.

mineurs sans autorité, et cette opinion parut prévaloir (1). Elle n'empêcha pas, néanmoins, Pothier de soutenir que le défaut d'autorisation chez le mineur ne produisait qu'une nullité relative dont lui seul pouvait exciper (2).

1126. Sous le Code Napoléon, une scission analogue se fait remarquer entre M. Grenier qui défend l'avis de Furgole (3), et M. Toullier qui se range à celui de l'auteur du *Traité des obligations* (4).

Les cours se sont aussi partagées (5) et la cour de cassation n'a pas encore été appelée à faire cesser le dissentiment.

Ce que nous avons dit ci-dessus de la nullité résultant du défaut d'autorisation de la femme mariée (6), nous met sur la voie de la décision à rendre en ce qui concerne la nullité résultant du défaut d'autorisation du mineur. Les principes généraux sur l'incapacité relative des mineurs fléchissent dans la matière toute spéciale des donations. La règle est ici que la donation n'est parfaite et ne lie le donateur qu'autant qu'elle a été dûment acceptée (article 938). Or, elle n'est pas dûment acceptée, quand elle ne l'a pas été dans les termes de l'art. 935. L'art. 1125 du Code Napoléon n'a entendu rien changer à ce point de droit (7).

Au surplus, comme il n'y a pas de règle sans exception,

(1) Cassat., 11 juin 1816 (Devill., 5, 1, 202).

(2) *Oblig.*, no 52. *Introd.* au tit. *Des donations* de la Cout. d'Orléans no 31.

(3) T. I, n 61 *bis*. *Junge* Merlin, Répert., vo *Mineur*, § 7.

(4) T. V, no 196. *Junge* M. Duranton t. VIII, no 435.

(5) *Supra*, no 1118, où je cite les arrêts pour la nullité absolue. Dans le sens de la nullité relative, Metz, 27 avril 1824 (Dalloz, *t.* V; Devill., 7, 2, 352). Nancy, 4 février 1839 (Dalloz, 39, 2, 128; Devill., 39, 2, 459). Colmar, 13 décembre 1808.

(6) Nos 1118 et suiv.

(7) Voy. aussi Zachariæ, t. V, p. 46.

nous verrons au n° 1135, un cas où le donateur est privé de l'action en nullité.

1127. Ce n'est pas seulement par le tuteur ou par le curateur que les incapables dont s'occupe l'art. 935, sont protégés dans l'acquisition des libéralités qui leur sont faites. Ils trouvent une garantie de plus dans la vigilance affectueuse de leurs ascendants, investis, par notre texte, du droit de les représenter sans procuration et en vertu du mandat naturel que donne le lien du sang (1). Il y a une autre raison : c'est que le père doit des aliments à ses enfants et qu'il est intéressé à voir s'augmenter leur fortune, afin d'alléger le poids de cette obligation (2).

Nous disons donc : les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, et les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, peuvent accepter pour lui. L'équité avait déjà fait introduire cette disposition dans l'ordonnance de 1731 (3); elle l'a fait conserver dans le Code. Dès avant l'ordonnance de 1731, la jurisprudence s'en était préoccupée (4), imbue qu'elle était de cette idée que, *propter affectionem personarum*, les ascendants sont considérés comme procureurs légaux de leurs descendants (5). On voit que notre article contient ici une exception à la règle de l'article 933, portant que la procuration doit rester annexée à la minute de la donation. Ici l'existence du pouvoir résulte de la présomption de la loi, et n'a besoin d'être justifiée par rien.

(1) Maynard, 4, 7.
(2) Furgole sur l'art. 8 de l'ord. de 1731.
(3) Art. 7.
(4) Furgole, quest. 3,
(5) L. 35, *De procurat*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 105 et 106, n°s 30, 31, 32.

1128. Il faut remarquer que l'art. 935 ne soumet pas le père tuteur, ou l'ascendant qui remplit ces fonctions, à prendre l'autorisation du conseil de famille (1). Le père et l'ascendant sont censés agir sous l'impulsion la meilleure, l'affection pour le mineur. Le conseil de la nature dispense de tous les autres. D'ailleurs, comme nous l'avons dit, le père peut avoir intérêt à l'acceptation, afin d'être allégé du poids des charges de la famille.

1129. Par des raisons différentes, l'aïeule n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour accepter la donation faite à son petit-fils, et la mère est dans le même cas. En effet, la femme n'agit point ici pour elle; elle n'agit que comme mandataire. Or, d'après l'art. 1990 du Code Napoléon, la femme peut remplir les fonctions de mandataire sans l'autorisation de son mari (2).

1130. Par analogie, le mandat tacite reconnu par l'article 935, s'étend aux ascendants de l'interdit (3).

L'ordonnance de 1731, art. 7, s'en expliquait formellement. C'est évidemment par inadvertance que l'art. 935 n'en parle pas.

1131. Le mandat tacite appartient également aux père et mère des enfants naturels reconnus (4). Notre article ne distingue pas, et d'ailleurs le père naturel étant tenu de donner des aliments à son fils, est intéressé à lui procurer des biens qui le dispensent de cette obligation.

(1) Cassat., 25 juin 1812 (Devill., 4, 1, 137). Grenier t. I, nº 61 *bis*. Touiller, t. V, nº 197. M. Duranton, t. VIII, nº 441.

(2) Pothier, *Puissance maritale*, nº 49. Furgole sur les art. 8 et 9 de l'ord de 1731. Cassat., 12 avril 1832 (Dalloz, 32, 1, 162). M. Toullier, t. V, nº 19.

(3) MM. Duranton, t. VIII, nº 442. Coin-Delisle, nº 14 *Contra*, M. Marcadé, nº 4.

(4) Furgole sur l'art. 7 de l'ord. de 1731. *Contra*, Brodeau, lettre D, somm. 58, nº 8.

1132. Les père, mère ou aïeux, peuvent accepter pour leurs enfants conçus lors de la donation. Car *qui in utero sunt in toto pene jure civili intelliguntur in natura rerum esse.* L'art. 935 les comprend dans sa généralité (1).

1133. Il pourrait se présenter le cas où le tuteur du mineur voudrait lui faire une donation. Il faudrait alors que le tuteur donateur fît nommer un tuteur *ad hoc* (2), si toutefois le mineur n'avait pas d'ascendants. Le subrogé tuteur n'est pas appelé à remplir cet office. Car, d'après l'art. 420 du Code Napoléon, ses fonctions consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur; ce qui n'est pas notre cas. Il n'y a pas d'opposition ici entre le tuteur et le mineur. Ils agissent de concert. L'opposition existe, par exemple, quand la donation est faite au mineur par des parents du tuteur.

1134. L'art. 14 de l'ordonnance de 1731 donnait un recours au mineur contre son tuteur, lorsque le mineur était lésé par le défaut d'acceptation, et il n'y a pas de doute que cette disposition n'ait encore aujourd'hui la valeur de la raison écrite; car elle ressort de la nature des choses (3).

1135. Mais ce recours doit-il exister contre le tuteur, lorsque c'est lui-même qui est donateur, et qu'il a fait la faute de ne pas faire nommer au mineur un tuteur *ad hoc?* Évidemment oui (4). Il a fait tort au mineur en même temps qu'il voulait lui faire du bien; il est garant du préjudice qui en résulte.

(1) Grenier, t. I, n° 69. Toullier, t. V, n° 197.

(2) Cassat., 12 juin 1816 (Devill., 5, 1. 202).

(3) L. 7, C., *Arb. tutel.* L. 1, D., *De tutela et ration. dist.* L. 2, C., *De administ. rer. public.*

(4) Pothier, *Donat.*, p. 459. Ricard, n° 862. M. Merlin, Répert., v° *Mineur*, § 7, n° 5. Cassat., 12 juin 1816 (Devill., 5, 1, 202). 9 décembre 1829 (Dalloz, 30, 1, 25). Grenoble, 14 juillet 1836 (Dalloz, 37, 2 157); et Devill., 39, 2, 159).

Contre ce sentiment, on dit que la donation non acceptée valablement n'est qu'un projet révocable, que le tuteur a pu se repentir de sa donation, et qu'il est censé avoir voulu révoquer son don, que d'ailleurs on ne saurait lui refuser un droit dont tous les autres jouissent (1). Mais nous répondrons que c'est précisément parce que le tuteur a laissé les choses dans cet état d'incertitude et de révocabilité, résultant de la nullité, qu'il est garant de cette nullité dont il est cause.

Au reste, la garantie se borne à le priver de l'action en nullité.

1136. Au moyen de l'action en garantie, le mineur ne peut se faire restituer contre le défaut d'acceptation valable (2).

Article 936.

Le sourd-muet qui saura écrire, pourra accepter lui-même ou par son fondé de pouvoir.

S'il ne sait pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à cet effet, suivant les règles établies au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.*

SOMMAIRE.

1137. Le sourd-muet peut faire une donation en manifestant sa volonté, non-seulement par l'écriture mais encore par la pantomime.

1138. Cependant, s'il s'agit de l'acceptation d'une donation, le sourd-muet qui ne sait pas écrire devra être assisté d'un curateur *ad hoc*. — Omission de l'art. 936.

(1) MM. Grenier, no 66 *bis*; Toullier, t. V. no 202. Riom, 14 avril 1829 (Dalloz, 32, 2, 76).

(2) Art. 14 de l'ord. de 1731. M. Duranton, t. VIII, n° 444. *Infra*, art. 942.

COMMENTAIRE.

1137. Le sourd-muet n'est plus isolé dans la nature. Un art bienfaisant l'a initié au commerce de la vie (1). On voit aujourd'hui des sourds-muets cultiver les sciences, les lettres et les arts, peindre, graver, lithographier, exceller dans les mathématiques, posséder le talent de l'écrivain et analyser, dans des livres ingénieux, les mystères les plus profonds de l'intelligence. Une langue savante a fait des cinq doigts de la main, un alphabet complet qui suffit à toutes les études; à cette langue grammaticale se joint le langage naturel du geste, auquel ils savent donner une si grande puissance de communication.

Le sourd-muet peut donc faire une donation, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus(2), et il peut la faire non-seulement dans son langage grammatical, mais encore par gestes, lorsqu'il est constant qu'il a été compris par les personnes dont la présence est nécessaire à la donation. La pantomime est un mode de transmission des idées qui peut s'élever à l'expression la plus profonde et la plus vraie, et l'on sait combien l'antiquité était sensible aux impressions que les Roscius, les Bathyles, et autres artistes *aux mains savantes* (3), produisaient sur un auditoire ému et transporté. Le langage d'action peut donc suffire à exprimer les idées plus simples de la vie commune. On ne voit donc pas pourquoi le sourd-muet ne pourrait, sans la parole, rendre sa volonté de faire une libéralité, en la communiquant par les gestes expressifs de la pantomime.

(1) *Supra*, no 538.
(2) Nos 538 et 539.
(3) Lucien.

1138. S'il peut faire une donation, il s'ensuit, au premier coup d'œil, qu'il a aussi capacité pour accepter la donation qui lui est faite. Capable de faire le plus, pourquoi serait-il incapable de faire le moins? Cependant notre article n'a pas porté, dans sa disposition, cette rigueur de raisonnement, et il a cru devoir établir une formalité dans l'intérêt général des sourds-muets, afin qu'ils n'acceptent pas sans connaissance de cause des donations onéreuses. Il veut donc que le sourd-muet ne puisse accepter lui-même une donation que lorsqu'il sait écrire; mais que, lorsqu'il ne sait pas écrire, la libéralité soit acceptée par un curateur *ad hoc* (1), nommé suivant les règles établies au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation (2).

Pour éclairer d'un jour entier le fort et le faible de l'article 936, il faut considérer ceci : il y a des sourds-muets qui sont privés de l'intelligence de la plupart des rapports civils. La langue du geste, restée pour eux dans l'enfance, n'a pas développé leurs idées, et ils sont comme en dehors des relations avec le monde. M. Itard, médecin des sourds et muets, pensait même que si ces êtres malheureux n'avaient pas été initiés à la vie intellectuelle par la culture et l'enseignement, ils étaient, en quelque sorte, privés d'idées, de sensibilité morale, de sentiments affectueux. Peut-être cette thèse est-elle trop absolue (3). Mais il est certain que si l'instruction ne vient pas ajouter aux idées innées du sourd-muet, s'il ne s'exerce pas à se faire entendre et à entendre, il vit d'une vie plus intérieure qu'extérieure, et demeure,

(1) M. Marcadé, n° 1. M. Zachariæ, t. V, p. 47.

(2) Art. 480 C. Nap.

(3) Elle a été réfutée par un sourd-muet de beaucoup d'esprit, M. Ferdinand Berthier, dans un mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques, et imprimé sous le titre : « *Sur l'opinion de feu le docteur Itard*, etc. »

pour ainsi dire, étranger aux actes de ceux qui l'environnent. Ces sourds-muets ont donc évidemment besoin d'un curateur *ad hoc* pour accepter la donation dont ils sont gratifiés. Car ils sont incapables à cause de leur ignorance de ce qui se fait. La disposition de l'article 936 est pour eux un bienfait; elle les relève de leur triste infirmité.

Mais il y a une autre catégorie de sourds-muets. Ce sont ceux que l'éducation a mis en possession de ce qui fait l'homme intelligent. L'article 936 les désigne quand il parle des sourds-muets qui savent écrire. Le sourd-muet qui est parvenu à savoir écrire a franchi les limites successives qui séparent les ténèbres de la lumière. Il sait lire; il sait s'associer aux idées d'autrui; il sait aussi associer les autres aux siennes propres. Restitué, en quelque sorte, contre la privation de l'ouïe et de la parole, il comprend donc la volonté qui le gratifie; il peut l'accepter en connaissance de cause.

Il y a une autre catégorie : c'est celle des sourds-muets illettrés (1), qui ont une capacité constatée, et savent se faire comprendre, en même temps qu'ils comprennent les autres. L'article 936 aurait dû faire une exception pour eux; il ne l'a pas faite. Il a mis sur la même ligne tous les sourds-muets qui ne savent pas écrire; il a établi pour tous une formalité égale, qui dispense de recherches individuelles sur l'intelligence du donataire (2). C'est sur ce point que l'article 936 laisse quelque chose à désirer.

(1) Arg. de l'arrêt du 30 janvier 1844 (Devill., 44, 1, 102) rapporté ci-dessus, n° 539.

(2) Toulouse, 16 août 1842, et l'arrêt de rejet du 30 janvier 1844 (Devill., 44, 1, 102).

Article 937.

Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés.

SOMMAIRE. — 1139. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1139. L'acceptation de donations faites aux établissements publics a été l'objet de nos observations dans le commentaire de l'article 910 (1). Nous n'avons rien à y ajouter ici.

Article 938.

La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

SOMMAIRE.

1140. Dans les donations, comme dans les autres contrats, la translation du domaine s'opère sans tradition.

1141. Dans les pays de droit écrit, la donation était parfaite par le consentement ; *secus* dans les pays de nantissement.

1142. Dans presque tous les autres pays de coutume, le défaut de tradition était une cause de nullité à l'égard des héritiers et des tiers, mais non à l'égard du donateur.

1143. Il n'y avait que quelques coutumes qui avaient, sur ce point, imité le droit romain.

(1) *Supra*, n° 676.

1144. Le Code Napoléon érigea en loi la disposition admise en droit romain par la loi 35 au Code *De donat.*

1145. Le consentement solennellement manifesté équivaut aujourd'hui à la tradition même.

1146. Une seule exception à ce principe existe dans l'art. 948.

COMMENTAIRE.

1140. Nous avons eu occasion de le dire ailleurs (1) : l'art. 938 a opéré une grande innovation. Bien different de la jurisprudence des pays coutumiers, il ne fait plus dépendre la perfection de la donation que du consentement des parties solennellement manifesté, auquel il attribue la force d'opérer la translation du domaine.

Tel est, du reste, le système général du Code Napoléon. Il attache au consentement la puissance de déplacer la propriété, et de la faire passer d'une tête sur une autre (2). Ni dans les successions, ni dans les donations et les ventes, l'investiture et la tradition ne sont un élément nécessaire pour substituer un propriétaire à un autre. Le Code Napoléon est d'accord avec le droit des gens, avec la philosophie du droit, avec la spiritualité qui doit dominer dans la jurisprudence, en écartant la condition matérielle de la tradition (3).

1141. Mais pour mieux faire connaître l'innovation contenue dans notre article, en ce qui concerne la tradition, il faut remonter à l'ancienne législation dont la simplicité laissait, à cet égard, beaucoup de choses à désirer.

Ce n'est que dans les pays de droit écrit que la donation était parfaite, par le consentement et sans tradition, conformément à la législation de Justinien (4). Mais, dans les pays

(1) *Supra.* n° 71.

(2) Mon comm. de la *Vente,* n°s 36 et suiv.; art. 1583, 711.

(3) Mon comm. de la *Vente,* n° 40. J'ai développé ces idées.

(4) L. 35, §5, C., *De donat.* Furgole, *Quest. sur les donat.* 38, n° 17, et sur l'art. 15 de l'ord. de 1731.

coutumiers, il en était tout autrement (1). La tradition était indispensable ; elle puisait sa nécessité dans les entrailles du droit coutumier (2).

On sait quel est l'esprit formaliste des législations barbares ou peu avancées. Elles tiennent essentiellement aux solennités extérieures, et elles ont plus de foi dans l'acte que dans la volonté. De là, le système des saisines, qui s'est maintenu avec tant d'énergie et si longtemps, dans les coutumes de *nantissement*. La tradition y était si rigoureusement exigée, que l'on considérait le défaut de tradition comme une violation de la règle : *donner et retenir ne vaut* (3). Le donateur lui-même n'était sujet à aucune action de la part du donataire, s'il ne s'était dessaisi par la tradition, condition essentielle de l'aliénation (4). Les pays de nantissement avaient conservé le formalisme du vieux droit avec un religieux respect.

1142. Les autres coutumes se montrèrent moins absolues dans leur superstition matérialiste. Tout en respectant la tradition (5), elles ne permirent pas que le donateur fît dépendre sa propre obligation de la tradition réelle. Elles voulurent que le défaut de traditon ne fût opposable que par ses héritiers, ou par les tiers, et non par lui-même (6). Permettre au donateur d'argumenter du défaut de tradition,

(1) Furgole sur l'art. 1 de l'ord. de 1731.

(2) Ricard, *Donat.*, p. 1, nos 908 et suiv. Voy. Merlin, Répert., vo *Devoirs de loi*. Loyseau, *Déguerpiss.*, liv. 3, ch. 1, no 33. Furgole, quest. 38, no 21.

(3) Champagne, art. 44. Ce texte est formel.

(4) M. Merlin, Répert., vo *Donation*, p. 98, cite la réponse du parlement de Douai aux observations du chancelier D'Aguesseau.

(5) Orléans, art. 176, 178, 283.

(6) Châlons, art. 64. Paris, art. 274. Orléans, 283. Pothier *sur Orléans, Introd.*, t. XV, no 25.

c'eût été l'autoriser à profiter de sa propre fraude (1). La bonne foi avait fini par l'emporter, en ce point, sur le culte de la forme.

Mais, en ce qui concerne les héritiers et les tiers, le respect antique de la tradition se retranchait dans la maxime : *donner et retenir ne vaut*. Ajoutons que la tendance à conserver les biens dans les familles faisait regarder les donations avec aversion, et qu'en obligeant le donateur à se dessaisir, on lui imposait une loi rigoureuse qui pouvait souvent modérer ses libéralités (2).

1143. Il faut dire, cependant, qu'il y avait quelques coutumes qui avaient eu la sagesse de devancer le Code Napoléon, et d'imiter le droit romain (3).

1144. Tel était à peu près l'état des choses au moment de la promulgation du Code Napoléon. Je néglige, en ce moment, beaucoup de détails curieux peut-être, au point de vue de l'histoire, mais peu utiles désormais pour éclairer le Code Napoléon.

Notre article, ayant à se prononcer entre le droit coutumier et le droit romain, a érigé en loi la disposition de la loi 35 au Code *De donat.*, et c'est le parti le plus sage qu'il pouvait prendre. En effet, il est presque impossible de donner un motif raisonnable à la solennité de la tradition (4); dire que le défaut de dépossession actuelle était contraire à la maxime : *donner et retenir ne vaut*, c'est certainement exagérer le vrai sens de cette règle pleine de sagesse; car, on ne peut pas dire que le donateur a retenu la chose donnée,

(1) Pothier, *Id.*

(2) *Infra*, n° 1193.

(3) Bourbonnais, art. 122. Touraine, art. 240. Lodunois, ch. 25. art. 2. Anjou, art. 341. Maine, art. 353.

(4) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 5, §2, p. 101, col. 1, 2 et suiv., a discuté ce point.

lorsqu'il a investi le donataire d'une action pour le forcer à la délivrer. *Is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur.*

D'un autre côté, donner aux héritiers une action en nullité que n'a pas le donateur, permettre aux héritiers d'ébranler une donation parfaite entre le donataire et le donateur, c'est sortir des règles. C'est se jeter hors de la nature des contrats pour s'attacher à l'arbitraire dans un intérêt de faveur.

Le Code Napoléon est même allé plus loin que le droit romain. Non-seulement, par le consentement, la donation est parfaite, mais encore la propriété est transférée. Au reste, le Code n'a fait ici qu'être fidèle à son système général, d'après lequel la tradition a cessé d'être nécessaire pour la translation de la propriété.

1145. Ainsi donc, le consentement seul, par la puissance unique de la volonté, opère un effet définif, un vrai dessaisissement. Il équivaut à la tradition même; non-seulement, il forme ce que quelques jurisconsultes appelaient la tradition de droit (1), mais encore il dispense de la tradition de fait, qui, dans l'ancien droit, devait suivre la tradition de droit (2). C'est pourquoi, l'art. 938 se servant d'une locution qui peut paraître étrange aux personnes peu versées dans la connaissance des précédents, mais parfaitement explicable pour ceux qui les ont étudiés, dit que la donation est parfaite *sans autre tradition*, ce qui veut dire : sans tradition de fait, sans autre tradition que celle qui résulte du consentement (3).

(1) Ricard, part. 1, ch. 4, sect. 2. M. Merlin, Répert., vo *Donation*, p. 96.

(2) M. Merlin, Répert., vo *Donat.*, *loc. cit.*

(3) V. dans Fenet, t. II, p. 283, l'art. 54 du projet.

1146. Nous verrons, à l'art. 948, une exception au principe que la donation est parfaite par le seul consentement des parties. Cet article exige, en effet, que dans les donations d'effets mobiliers, un état estimatif d'iceux soit joint à la minute de la donation.

ARTICLE 939.

Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés.

SOMMAIRE.

1147. La transcription dérive de l'ancienne formalité de l'insinuation.

1148. De l'insinuation en droit romain, depuis Constance Chlore jusqu'à la chute de l'empire romain.

1149. De l'insinuation en Occident du Xe au IVe siècle. — Ce que devient cette formalité jusqu'à l'ordonnance de 1731, qui la règle d'une manière définitive.

1150. L'insinuation étant requise dans l'intérêt des tiers, le donateur ne pouvait opposer le défaut d'insinuation. — Il n'en était pas de même de ses ayants cause.

1151. Discussion au conseil d'État sur l'inutilité de l'insinuation en présence de la disposition de la loi du 11 brumaire an VII, qui exigeait la transcription pour tous les actes translatifs de propriété.

1152. La publicité des donations paraît au conseil d'État suffisamment sauvegardée par la transcription.

1153. L'art. 938 se borne à distinguer, pour la nécessité de la trans cription, entre les biens immeubles et les biens meubles.

1154. Erreur de M. Toullier sur le but direct et principal de la transcription.

1155. Bien que la transcription ait remplacé l'insinuation, elle a cependant plus d'étendue que l'insinuation. — Renvoi.

1156. Sans la formalité de la transcription, la donation ne sera plus entre les parties qu'un pacte nu.

1157. A la différence de l'insinuation, la transcription n'est assujettie à aucun délai.

1158. La transcription pourrait-elle avoir lieu valablement dans les dix jours qui précèdent la faillite du donateur? — *Quid* s'il s'agit de donations par contrat de mariage?

1159. *Quid* s'il s'agit de donations ordinaires?

1160. Suite.

1161. Suite.

1162. Si la transcriptiption d'une donation ordinaire est faite après la faillite, elle n'aura aucune valeur.

1163. Les donations des biens meubles sont dispensées de la transcription.

1164. La loi n'exige la transcription que des donations de biens susceptibles d'hypothèque.

1165. *Quid* à l'égard des donations d'actions hypothécaires?

1166. *Quid* à l'égard d'une donation de droits successifs?

1167. La loi ne distingue pas si les donations dont il s'agit sont ou non conditionnelles, avec ou sans charges.

1168. Malgré la disposition de l'ordonnance de 1731, les donations par contrat de mariage ne sont point dispensées de transcription.

1169. Mais la transcription n'est point exigée pour les institutions contractuelles. — *Quid* des donations universelles?

1170. Et des donations entre époux?

1171. Et des donations à titre de survie?

1172. Les donations déguisées sous forme de contrat onéreux ne sont point non plus soumises à la transcription.

COMMENTAIRE.

1147. La transcription de la donation va nous occuper. Mais le droit nouveau, à qui elle doit son existence, ne peut être bien apprécié qu'en remontant à l'insinuation qui avait précédé la transcription et qui tenait une grande place dans l'ancienne jurisprudence (1).

1148. La formalité de l'insinuation nous venait du droit romain ; il en est question, pour la première fois, dans la loi 25 C. *De donat.* Elle fut introduite par le père du grand Constantin, par Constance Chlore qui gouvernait alors les Gaules, l'Espagne et la Bretagne. Constantin en fit l'objet de règlements nouveaux contenus dans la loi précitée. Ces règlements, diversement modifiés par les successeurs de ce prince, furent en partie changés par l'empereur Justinien qui fixa le dernier état de la jurisprudence par la loi 36, paragraphe dernier, C. *De donat.* Il fut décidé que toute donation mobilière ou immobilière excédant cinq cents écus d'or serait assujettie à la formalité de l'insinuation. Le motif qui fit introduire l'insinuation fut la nécessité de protéger les créanciers, et de bannir le secret si capable de favoriser des donations immenses et de honteuses prodigalités (2), ou (comme dit la jurisprudence de Guy Pape) d'éviter les artifices par lesquels on portait facilement les faibles à se défaire

(1) Ord. de Moulins, art. 58. Art. 20 de l'ord. de 1731. Furgole sur cette ordonnance. Ricard, part. 1, ch. 4, sect. 6, glose 3. Ferrières *sur Paris*, art. 284, § 2. Devilleneuve, 46, 4, 226.

(2) « *Insinuatio donationis requiritur si quingentos aureos excedat, cum* » *alioquin clandestinis et domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii op-* » *portunitate confingi posset, vel id, quod vere gestum est, aboleri in præ-* » *judicium creditorum, maxime inter necessarias conjunctasque personas.* » (Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 15.)

de leurs biens (1). C'était un motif d'ordre public tel, que l'omission de l'insinuation annulait la donation pour tout ce qui excédait les cinq cents écus d'or, et que le donateur lui-même pouvait l'opposer. *Nam ubi non intervenit insinuatio, donator potest repetere res donatas* (2). C'est ce qui résultait des lois 34 C. *De donat.*, et 36 du même titre. En sorte que, dans le droit romain, il en était de la solennité de l'insinuation comme il en est parmi nous de la nécessité de passer l'acte devant notaires. Elle était de la forme et de l'essence de la donation (3).

1149. Après la chute de l'empire romain, l'insinuation demeura en vigueur en Occident. Marculfe nous a conservé plusieurs formules d'insinuation (4). Il y en a de nombreux exemples dans les actes des ve, vi^e^, viie, viiie et ixe siècles (5).

Il est permis de croire, cependant, que lorsque le formalisme du droit féodal eut imposé à la donation la nécessité d'une tradition réelle, l'insinuation tomba en désuétude (6); non pas peut-être d'une manière générale, car on en trouve des exemples au xiiie siècle en Auvergne (7), mais au moins dans beaucoup de lieux. On y revint, quand s'introduisit l'usage des traditions feintes si favorables au secret des donations. Car il est constant, ainsi que le dit Ricard (8), « que » plusieurs sont retenus de disposer de leurs biens par la » considération qu'ils ne peuvent le faire sans rendre leurs » donations publiques ». C'est pourquoi François 1er exigea

(1) *Des donat.*, art. 2, p. 226.
(2) Cujas *sur la loi ult.*, C., *De jure dotium*.
(3) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 136, 137.
(4) 11, 37, 38. Mabillon, c. 1.
(5) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, ch. 4, § 45.
(6) M. Merlin, Répert., v° *Don manuel*, p. 46, col. 2, alinéa 2.
(7) Ducange, v° *Insinuatio*.
(8) *Loc. cit.*

qu'à l'avenir les donations fussent insinuées, par une ordonnance de 1539, qui servit de fondement à la jurisprudence française sur l'insinuation ; puis vint l'ordonnance de Moulins pour réitérer et fortifier l'obligation de se soumettre à cette formalité préservatrice (1). Il est à remarquer, du reste, que les pays de nantissement, qui avaient conservé l'antique usage d'une tradition solennelle, furent affranchis de l'insinuation : c'eût été pour eux une véritable superfétation (2).

L'ordonnance de 1731 régla d'une manière définitive ce qui concernait l'insinuation. En faisant cesser les variations de jurisprudence qui l'avaient précédée, elle voulut que toutes donations, même mutuelles, ou rémunératoires, ou pieuses, fussent insinuées, à peine de nullité, n'exceptant que les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe et les donations de meubles avec tradition réelle (3). Il suffisait que l'insinuation fût faite dans les quatre mois du jour de la date de la donation, soit que le donateur ou le donataire fussent décédés. Alors elle était valable contre tous les tiers, même contre ceux qui avaient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et l'insinuation. Que si l'insinuation se faisait après les quatre mois, elle n'était pas tout à fait inutile, pourvu qu'elle se fît du vivant du donateur ; elle n'avait d'effet que du jour de sa date (4).

Du reste, on sait que l'insinuation consistait à transcrire l'acte de donation dans les registres publics destinés à cet effet. Tout le monde pouvait en prendre connaissance.

(1) Art. 38.
(2) Art. 33 de l'ord. de 1731.
(3) Art. 15.
(4) Art. 26.

1150. L'insinuation n'ayant été requise par les ordonnances que pour rendre publiques les donations, et afin de ne pas induire en erreur ceux qui, par la suite, contracteraient avec le donateur, il s'ensuivait que, par une dérogation au droit romain introduite par l'art. 50 de l'ordonnance de Moulins, le défaut d'insinuation ne pouvait être opposé par le donateur, puisque ce n'était pas par rapport à lui qu'elle avait été ordonnée, et qu'il n'y avait aucun intérêt (1). Mais les créanciers, les acquéreurs à titre onéreux, les donataires postérieurs et les légataires pouvaient s'en prévaloir (2). Bien plus, les héritiers du donateur pouvaient aussi en argumenter ; ce que l'intérêt public avait fait admettre, de crainte que le défaut de connaissance des donations ne les engageât à accepter une succession dans laquelle ils croiraient être compris des biens qui en étaient sortis.

Mais ceux qui étaient responsables envers le donateur du défaut d'insinuation, ne pouvaient exciper de ce vice. Cela arrivait toutes les fois que celui qui opposait le défaut d'insinuation se trouvait avoir été l'administrateur des biens du donataire, et avoir été tenu, en cette qualité, de l'insinuation ; ou bien encore lorsque celui qui opposait ce même défaut était héritier de cet administrateur ; car il succédait à ses obligations. C'est par cette raison que si un tuteur avait fait une donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur n'étaient pas recevables à opposer le défaut d'insinuation (3).

(1) Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 1231. Pothier, *Donat. entre-vifs*, p. 479, et *Introd.* au tit. 15, n°s 45 et 60, d'après l'ord. de 1731, art. 27. Ainsi il ne faut pas s'arrêter à la décision du président Favre, qui écrivait sous le droit romain, lequel dit en son Code, déf. 9, *Ad tit. De insin. donat.* : « *Donatio* » *inter vivos non insinuata, cum insinuari debeat, potest revocari ex sola* » *pœnitentia.*

(2) Art. 27 de l'ord. de 1731.

(3) Art. 31 de l'ord. de 1731.

Telles étaient les règles principales relatives aux formalités et aux effets de l'insinuation (1).

1151. Elles furent observées jusqu'au moment de la promulgation du Code. Mais lorsqu'on s'occupa de la rédaction du corps de nos lois civiles, on s'aperçut que l'insinuation, dont le but était la publicité de la donation, était à peu près inutile depuis que la loi du 11 brumaire an VII avait, dans les mêmes vues, ordonné la transcription de tous actes translatifs de propriété, et par conséquent des donations (2). L'insinuation fut donc proscrite comme un double emploi, malgré les vives oppositions de M. Tronchet, qui insista pour qu'on la maintînt. Car, disait-il, « l'insinuation a dans son » principe et dans ses effets, un objet beaucoup plus étendu, » beaucoup plus avantageux que la transcription : elle ga- » rantit les héritiers du danger d'accepter une succession » devenue onéreuse par l'effet d'une donation faite avec » réserve d'usufruit. Il leur est facile, en parcourant le re- » gistre particulier des insinuations, beaucoup moins volu- » mineux que celui des hypothèques, de s'assurer s'ils ne » s'exposent point à cet inconvénient... D'ailleurs la loi de » l'insinuation et celle de la transcription existent égale- » ment : la dernière n'est applicable qu'aux donations qui » transmettent la propriété de choses immobilières : les au- » tres donations ne peuvent devenir publiques que par l'in- » sinuation » (3). Mais ces observations ne firent point d'effet sur la majorité de la section. On se laissa diriger par l'idée que l'insinuation et la transcription étaient deux moyens

(1) L'on trouvera sur cette matière les détails les plus approfondis dans un plaidoyer de M. Merlin, rapporté au mot *Don mutuel*, Répert., § 3, et dans un arrêt de cassation du 14 prairial an XIII, qui y est cité dans toute son étendue.

(2) M. Bigot, discussion du conseil d'État (Fenet, t. XII, p. 359).

(3) Fenet, t. XII, p. 361. M. Grenier, *Hypothèque*, t. II, n° 359.

identiques, concourant au même but, et que, par conséquent c'était augmenter inutilement les frais. On renonça même à imposer la transcription aux donations de choses mobilières, parce que rien n'était plus facile que d'éluder la publicité par la faculté de faire des dons manuels.

1152. On voit qu'en abolissant l'insinuation, le conseil d'État resta pénétré du besoin de publicité qu'elle était chargée d'assurer. La discussion qui nous a été conservée prouve à l'évidence que les membres du conseil d'État de toutes les opinions sentirent que la donation était environnée de si grands dangers et de tant de moyens de fraude, qu'elle ne pouvait se passer de publicité. C'est dans ce sens que parlèrent MM. Treilhard et Jollivet, qui insistèrent le plus fortement sur l'abolition de l'insinuation (1). Ils ne proposèrent de s'en tenir à la transcription que parce que celle-ci procurait un degré de publicité égal à l'insinuation. « Les registres hypothécaires, dit M. Treilhard, assurent mieux la » publicité de la donation que les registres beaucoup plus » obscurs de l'insinuation. » M. Jollivet ajoute : « En prescrivant l'insinuation, l'ordonnance de 1731 ne s'est proposé que de rendre les donations publiques. Mais la loi » du 11 brumaire an VII a, dans les mêmes vues, ordonné » la transcription, et les donations y sont sujettes. Aussi, » dans beaucoup de départements, on a été frappé de l'inutilité de l'insinuation, depuis que la transcription est devenue indispensable. »

Il faut donc partir de ce point capital que la transcription ne fut envisagée par les rédacteurs du Code que comme remplacement de la publicité de l'insinuation. Quant aux effets hypothécaires de la transcription, on se fit une loi de garder le silence. Des réserves furent expressément faites à

(1) Fenet, t. XII, p. 360.

cet égard (1). La loi du 11 brumaire an VII était alors en vigueur. Mais on ignorait encore si elle serait, oui ou non, remplacée par un autre système. On ne voulut donc rien préjuger.

1153. Il est vrai que l'art. 939 déclare ne s'appliquer qu'aux biens susceptibles d'hypothèques. Mais il ne suit pas de là qu'il entende influer, en quoi que ce soit sur le régime hypothécaire. S'il parle ainsi, c'est pour montrer la distinction que nous avons signalée, tout à l'heure, entre les biens meubles et les biens immeubles.

1154. De là il suit que la transcription de la donation n'est pas, directement et principalement (ainsi que l'a soutenu M. Toullier (2)), une formalité préparatoire de la purge hypothécaire. L'art. 939 ne s'est pas préoccupé de ce point. Il l'a réservé pour l'avenir (3). Il n'a eu en vue que l'existence même de la donation et sa stabilité à l'égard des tiers, indépendamment du régime hypothécaire. Décider le contraire, ce serait méconnaître le vrai sens de la transcription, lui ôter son caractère spécial *et sui generis*, et la rabaisser au rang d'une formalité banale et commune à tous les contrats. Elle a une signification propre, ainsi que l'insinuation. Elle remplace l'insinuation pour consolider la donation, mais non pour se lier aux nécessités du régime hypothécaire (4).

1155. Mais en tenant la place de l'insinuation, il n'est pas vrai qu'elle ne vaille que ce que valait l'insinuation, et qu'elle n'ait pas d'autres effets et une autre étendue. Il n'y aurait pas de plus grande erreur que de vouloir calquer la portée de la transcription sur celle de l'insinuation.

(1) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 360), et M. Treilhard (*id.*)
(2) N. nos 337 et suiv.
(3) Voy. l'art. 2181, C. Nap.
(4) Mon comm. des *Hypothèques*, t. IV, no 904.

Et d'abord, d'après l'ordonnance de 1731, les donations de choses mobilières n'étaient pas exemptes de l'insinuation dans tous les cas (1). Elles y étaient soumises au-dessus de 1,000 livres. Au contraire, la transcription n'embrasse pas les dons de meubles.

De plus, la transcription n'a pas été introduite, comme l'insinuation, en faveur des héritiers du donateur ; car la loi du 11 brumaire an VII, avec laquelle on la mettait en harmonie sous certains rapports, n'avait pas eu en vue ces sortes de personnes ; elle n'avait voulu favoriser que les tiers acquéreurs et les créanciers. On voit, par la discussion du Code Napoléon, que l'exclusion des héritiers du donateur à se faire un moyen du défaut de publicité, sous le régime de la transcription, était un des principaux motifs qui faisaient regretter à M. Tronchet l'insinuation (2). Au reste, nous reviendrons là-dessus dans notre commentaire de l'art. 941.

1156. S'il est vrai que les rédacteurs du Code ont eu la ferme volonté de donner une grande publicité aux donations, ainsi que les législateurs de tous les temps en ont senti la nécessité, il s'ensuit que la transcription, chargée d'assurer cet effet, est une formalité obligatoire pour le donataire (3), s'il veut que sa donation produise tous les résultats contre les tiers, dans l'intérêt desquels est requise la publicité. A la vérité la donation restera parfaite entre le donateur et le donataire; mais à l'égard des tiers, ce ne sera qu'un pacte nu, incapable d'effets. Sans cela, il serait libre aux deux contractants d'étouffer cette publicité à laquelle la loi attache tant d'importance par des motifs de morale et de justice qui sautent facilement aux yeux.

(1) Pothier *sur Orléans, Introd.* au tit. 15, nº 49.
(2) Fenet, t. XII, p. 361.
(3) Arg. de l'art. 940.

1157. Aucun délai n'a été assigné au donataire pour faire transcrire la donation, la loi s'en est rapportée à son intérêt. C'est encore un point où la transcription se distingue de l'insinuation (1). On a pensé que cet intérêt personnel, qui est du reste très-grave (2), serait le meilleur excitant à la diligence.

1158. A ce propos, on demande si le donateur étant tombé en faillite, la transcription pourra avoir lieu valablement après l'époque de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui la précèdent (articles 446, 448, Code de commerce).

Les monuments de jurisprudence de la cour de cassation ne résolvent pas la question d'une manière absolue. Ses arrêts ne se sont prononcés, à ma connaissance, que sur des donations faites par contrat de mariage (3), c'est-à-dire sur les donations qui ne sont pas dans le domaine des actes purement gratuits; car le mari qui reçoit la dot accepte les charges du mariage. Or, l'on sait que dans l'esprit du Code de commerce, et malgré ses suspicions contre les actes faits dans le voisinage de la faillite, il ne présume pas la fraude de plein droit dans les aliénations faites à titre onéreux. Il faut, d'après l'art. 447, que la fraude soit prouvée, et dans les cas jugés par les arrêts, et auxquels je fais allusion, il était reconnu que le gendre et l'épouse étaient de bonne foi.

1159. Mais que devrait-on décider, s'il s'agissait d'une donation ordinaire?

Tout dépend de la question de savoir si la transcription,

(1) *Supra*, no 1149.

(2) Art. 941.

(3) Cassat., 2 mars 1847 (Devill., 47, 1, 186, affaire Comitis). Bourges, 9 août 1847 (Devill., 47, 2, 485), après renvoi, et Cassat., rej. 24 mai 1848 (Devill., 48, 1, 438). *Junge* Cassat., 26 novembre 1845 (Devill., 46, 1, 226). Montpellier, 4 juin 1844 (Devill., 45, 2, 401), mêmes circonstances.

formalité extrinsèque, ne consolide qu'à partir de sa propre date la donation préexistante, ou si, au contraire, l'effet de la transcription est de valider *ab initio* la donation à l'égard des tiers. Dans le premier cas, elle aurait lieu en temps suspect, et la donation serait censée frauduleuse. Dans le second cas, la donation serait censée faite à une époque à laquelle le donateur avait encore la libre disposition de ses biens.

Or, dans la réalité des choses, la transcription n'est pas la donation même. Elle la complète et la consolide; mais elle ne la constitue pas. L'art. 938 est formel à cet égard. Ce n'est donc pas là un de ces actes translatifs de propriété que l'article 446 du Code de commerce a voulu frapper avec de si sages précautions. La transcription est une formalité extrinsèque, qui n'est pas l'œuvre commune du donateur et du donataire; elle n'incombe qu'au donataire (1). Comment donc pourrait-on écarter, à cause de la faillite, un acte auquel le donateur failli reste étranger? N'est-il pas vrai que la nullité prononcée par l'art. 446 précité n'est fondée que sur l'incapacité relative et personnelle du débiteur failli et le dessaisissement résultant de l'état de cessation de payements, et aussi sur la présomption de fraude attachée aux faits qui émanent de lui? Il résulte donc de là que la loi ne veut atteindre que les actes qui émanent de son action même, et non pas ceux qui émanent d'une autre personne et qui viennent compléter, sans fraude, des conventions qui en sont originairement exemptes. L'art. 446 est précieux à méditer pour éclairer ce point.

C'est ce qui se voit particulièrement en ce qui concerne les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis avant les dix jours qui ont précédé la cessation des payements. L'art. 448 veut qu'ils soient inscrits jusqu'au jour

(1) Arg. de l'art. suivant.

du jugement déclaratif de faillite. Sans assimiler l'inscription de l'hypothèque à la transcription de la donation, on ne peut nier qu'il n'y ait, au moins, une analogie ; et certes, il est permis d'argumenter du principe qui a servi de base aux dispositions de l'article 448 sur l'inscription (1). Avant l'inscription, il y a hypothèque conférée et droit acquis (2) ; avant la transcription de la donation, il y a aussi droit acquis, dessaisissement de droit, translation du domaine, perfection de la donation entre les parties. Ajoutez à cela, que le premier paragraphe de l'article 446, en restreignant la suspicion dont il s'arme aux actes faits par le débiteur, fortifie la parité que nous établissons ici entre l'inscription prise par le créancier et la transcription faite par le donataire, inscription et transcription qui ne sont pas plus l'une que l'autre le fait du débiteur failli.

1160. Cette solution semble acquérir un haut degré de force, par la jurisprudence de la cour de cassation, sur l'époque de la signification du nantissement, alors qu'il y a faillite (3). Elle décide que le délai des dix jours qui précèdent la faillite n'est pas un temps de suspicion pour la signification du nantissement au débiteur, conformément à l'article 2075 du Code Napoléon, et que cette signification peut avoir lieu jusqu'au jour du jugement portant déclaration de faillite. On comprend toute la force de cette jurisprudence, et l'argument puissant qu'elle fournit. Car la signification au débiteur, de l'acte de nantissement est une condition tout à fait essentielle de l'établissement du privilége du créancier gagiste (4).

(1) Grenoble, 17 juin 1822 (Devill., 7, 2, 84). Montpellier, 4 juin 1841 (Devill., 45 2, 402). Le pourvoi a été rejeté le 26 novembre 1845 (Devill., 46, 1, 226).

(2) Mon comm. de la *Vente*, t. II, no 911. Mon comm. du *Gage*, no 294.

(3) Mon comm. du *Gage*, nos 273, 274, 275, 276.

(4) Texte de l'art. 2075.

Sans signification, l'acte de nantissement est incomplet; il est incapable d'engendrer un privilége. Or si, malgré cette nécessité substantielle de la signification, on peut l'opérer dans les dix jours qui précèdent la faillite, combien, à plus forte raison, la transcription qui ne crée pas la donation, qui ne fait que lui donner une valeur extrinsèque, à peu près comme l'inscription par rapport à l'hypothèque, qui ne fait qu'ajouter aux droits personnels résultant déjà du contrat un droit réel opposable aux tiers !

1161. Je sais qu'on peut objecter au système que nous défendons ici, une raison qui ne manque pas de gravité : c'est que, sans la transcription, la donation reste sans publicité à l'égard des tiers; c'est que c'est la transcription qui, seule, avertit légalement ces mêmes tiers que l'actif du commerçant ne comprend plus les biens donnés, et qu'il ne faut plus compter sur cette partie de son avoir pour calculer les forces de son crédit; c'est que ce serait tendre un piége à la bonne foi que de valider des libéralités occultes qui laissent les dehors factices de la richesse à celui dont la solvabilité est ébranlée (1). Mais ne peut-on pas répondre que les inscriptions hypothécaires, qui ne se montrent que dans les dix jours de la faillite, ont les mêmes inconvénients, et que, cependant, le Code de commerce leur permet de se manifester à cause du droit acquis dont elles sont la suite (2)? Si la loi tient compte des hypothèques qui sont dans l'ombre et que les tiers n'ont pu soupçonner, si elle accepte comme bonnes les inscriptions de ces hypothèques qui se produisent dans les dix jours, pourvu qu'elles procèdent de droits valablement acquis ultérieurement, on ne conçoit pas pour-

(1) M. Esnault, *Des faillites*, t. I, n° 194. Voy. aussi M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 67, 68.

(2) Art. 448, C. de comm.

quoi on rejetterait une transcription faite dans les dix jours, pourvu que la donation, dont elle est le complément, soit faite sans fraude et en temps non suspect. Que si le mystère gardé par les parties est un artifice répréhensible pour tromper les tiers, on frappera la donation. Mais il n'en sera pas de même s'il y a eu bonne foi.

1162. Au reste, il est bien entendu que la transcription n'aurait aucune valeur si elle était faite après le jugement déclaratif de la faillite. Par la faillite, le débiteur est dessaisi de ses biens; ses créanciers les prennent dans l'état où ils sont; ils en sont investis à titre de dation en payement, et tout se trouve arrêté par leur mainmise. Le donataire viendrait donc dans un moment où les choses ne sont plus entières, s'il faisait transcrire après la faillite ; il ressemblerait à un donataire qui ferait transcrire quand le donateur a cessé d'être propriétaire de la chose par une vente (1).

1163. On a vu que notre article, dérogeant aux règles de l'insinuation, ne soumet à la transcription que les biens susceptibles d'hypothèque, excluant par là, de la nécessité de cette formalité, les donations de meubles. Cette partie de notre article a donné lieu à de sérieuses difficultés.

La première pensée qui se présente à l'esprit, c'est d'expliquer l'art. 939 par l'art. 2118 du Code Napoléon qui donne une définition (et une définition limitative) des biens susceptibles d'hypothèque (2).

A ce compte, rien ne serait plus simple que de décider si une donation de servitude, de droit d'usage et d'habitation doit être transcrite. Comme ces droits ne sont pas susceptibles d'hypothèque, il faudrait dire, l'art. 2118 à la main,

(1) Montpellier, 27 avril 1840 (Dalloz, 40, 2, 211). M. Bayle-Mouillard, *oc. cit.*

(2) Mon comm. des *Hypothèques*, n°s 398 et suiv.

que l'art. 939 ne prescrit pas la transcription de ces sortes de donations.

Beaucoup d'auteurs soutiennent cependant qu'elles doivent être transcrites (1), et il a été jugé qu'un donataire ne pouvait, à défaut de transcription, demander la distraction de ces droits contre un créancier du donateur, procédant à une saisie (2).

On fait valoir dans ce système le danger des fraudes. Mais si le législateur avait voulu astreindre toutes les donations immobilières à la transcription, pourquoi ne l'aurait-il pas dit? Pourquoi s'est-il servi d'une locution limitative et qui n'embrasse pas tous les biens immeubles. Reportons-nous au travail d'élaboration de l'art. 939. Qu'a-t-on entendu faire ? Soumettre les donations à la transcription dans les cas où la loi de brumaire an VII les y soumettait. Or, les art. 26 et 6 de cette loi sont formels sur les cas où la transcription était nécessaire. Ils conduisent à un résultat pareil à celui qui ressort de la combinaison de l'article 939 avec l'article 2118 (3).

A notre sens on repoussera donc le système de la nécessité absolue de la transcription. On la restreindra aux seules donations de biens susceptibles d'hypothèques.

1164. Ainsi seront soumises à la transcription les donations d'usufruit, d'emphytéose, d'actions de la banque immobilisées (4), etc., etc.

1165. La question est plus délicate à l'égard des donations d'actions immobilières, par exemple : d'une action en réméré, ou en rescision.

(1) M. Grenier, t. II, n° 162. M. Coin-Delisle, art. 939, n° 11.

(2) Riom, 24 mai 1842 (Devill., 42, 2, 340).

(3) MM. Bayle-Mouillard, t. II, note sur le n° 162 ; Marcadé sur l'art. 939, n° 4 ; Duranton, t. VIII, n° 504.

(4) Décret du 16 janvier 1808, art. 7.

La raison de douter est que ces actions ne sont pas susceptibles d'hypothèque (1). Mais elles donnent le droit d'hypothéquer éventuellement l'immeuble qui en est l'objet. Il n'en faut pas davantage, dit très-bien M. Bayle-Mouillard, pour que l'art. 939 leur soit applicable (2).

1166. Il en est de même d'une donation de droits successifs (3). Car en vertu de la maxime : « *Le mort saisit le vif,* » les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens du défunt, et dès lors les droits à une succession sont de véritables droits de propriété sur les biens immeubles qui la composent, et non une simple action pour les reclamer. La donation de tels droits constitue une transmission réelle de la propriété de ces biens.

1167. On doit soumettre à la transcription toutes les donations quelconques de biens susceptibles d'hypothèque, même celles qui sont conditionnelles (4), même celles qui sont grevées de charges (5), même les donations rémunératoires, et celles qui sont faites pour services et fondations (6).

1168. On ne saurait excepter de la transcription les donations de biens présents par contrat de mariage (7). Il est vrai que l'ordonnance de 1731 exemptait de l'insinuation celles qui étaient faites par contrat de mariage en ligne directe (8),

(1) Mon comm. des *Hypothèques,* n° 406. *Junge* M. Paul Pont, n° 395.

(2) *Loc. cit.*, sur le n° 164 du t. II de M. Grenier. *Junge* Duranton *loc. cit.*

(3) Cassat. 21 janvier 1839 (Dalloz, 39, 1, 57).

(4) MM. Duranton, t. VIII, n° 310. Coin-Delisle; n° 16.

(5) Ord. de 1731, art. 20.

(6) *Id.*

(7) Ferrières *sur Paris,* art. 284, glose 3, nos 35 et 43. Douai, 16 février 1846 (Devill., 46, 2, 319). M. Duranton, t. IX, n° 668. *Infra*, n° 2341.

(8) Art. 19.

parce qu'on les considérait moins comme des donations que comme des offices de piété, et d'un devoir indispensable. On ajoutait que les contrats de mariage ont une grande publicité et que l'insinuation n'y pouvait rien ajouter sous ce rapport (1). Mais ni l'art. 939, ni aucun autre du Code Napoléon, n'ont admis cette exception. On ne peut donc en argumenter pour l'introduire dans la jurisprudence actuelle.

1169. Les institutions contractuelles ne sont pas des donations proprement dites. Quoique irrévocables, elles tiennent du testament et elles ne transfèrent pas la propriété. Car l'instituant conserve le droit d'aliéner les biens compris dans l'institution (2). La transcription n'y est donc pas plus requise que ne l'était autrefois l'insinuation (3).

Il en est de même des donations de biens présents et à venir faites par contrat de mariage, auxquelles n'est pas joint l'état des dettes prescrit par l'art. 1084; car alors elles ont un grand rapport avec l'institution contractuelle.

Mais quand l'état des dettes y est annexé, comme elles sont alors susceptibles de division au décès du donateur, et que le donataire peut opter, à ce moment, pour les biens présents, la transcription est nécessaire en ce qui concerne ces biens, afin que le donataire puisse opposer son titre aux tiers acquéreurs à qui le donateur les aurait vendus en tout ou en partie, et exercer contre eux l'action révocatoire. Elle est encore nécessaire pour qu'il puisse soustraire lesdits biens à l'action des créanciers postérieurs à la donation (4). Quant

(1) Furgole sur cet article.

(2) Furgole sur l'art. 20 de l'ord. de 1731. Ferrières, *loc. cit.*, n° 39. Pau, 2 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 304). Grenier, n° 430. *Infra*, n° 2347 et suiv.

(3) Lebrun, *Success.*, 3, 2, 16. Furgole sur l'ord. de 1731, art. 20. *Contra*, Ricard, n° 1149, qu'on trouve si souvent en défaut.

(4) MM. Grenier et Freminville, t. III, n° 437, à la note.

aux créanciers existants lors de la donation, l'intérêt est moindre, puisque le donataire est chargé expressément de les payer (art. 1085). Si cependant un d'eux avait été omis dans l'état annexé, il serait fondé à se prévaloir du défaut de transcription (1).

1170. Les donations entre époux, faites pendant le mariage, ne sont pas soumises à la transcription; car elles sont essentiellement révocables (2).

1171. Les gains de survie avaient été dispensés de l'insinuation, par l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Toutefois, cette exemption n'était pas absolue; elle ne s'appliquait qu'aux gains de survie en usage dans les localités, et non aux gains de survie extraordinairement stipulés en dehors des habitudes des contrats de mariage. Quand ces gains de survie rentraient dans la classe des pactes ordinaires, on les considérait moins comme des libéralités que comme des clauses propres à balancer les avantages réciproques, et à établir de justes et favorables compensations. Les soumettre, par conséquent, à l'insinuation, c'eût été s'exposer à détruire l'esprit et la liaison essentielle de toutes les clauses d'un contrat de mariage; c'eût été créer des rigueurs irréparables (3). C'était, du reste, en ce sens que la jurisprudence s'était prononcée, même avant l'ordonnance, ainsi qu'on peut le voir par les arrêts rapportés par Brodeau (4), par Ferrières (5). On y distinguait les pactions matrimoniales, usuelles et ordinaires, des donations formelles, les premières

(1) M. Toullier, t. V, n° 863. *Infra*, n° 2404.

(2) Grenier, n° 436. M. Duranton, n° 509, M. Coin-Delisle, n° 19.

(3) Préambule de la déclaration du 23 juin 1729. Furgole sur l'art. 21 de l'ord. de 1731.

(4) *Sur Louet* lettre *D*, somm. 64.

(5) *Sur Paris*, art. 184, glose 3, n° 47 *in fine*.

étant dispensées de la formalité de l'insinuation, les secondes y étant sujettes (1).

Ce point de droit avait été confirmé et expliqué par les lettres patentes du 3 juillet 1769. Ainsi les donations de biens présents en cas de survie, sortant de la classe des conventions matrimoniales, étaient sujettes à l'insinuation. Mais il n'en était pas de même des gains de survie, même extraordinaires, portant sur les biens que le donateur aurait à son décès; elles n'étaient soumises qu'à une insinuation bursale, après la mort du donateur, et sans influence sur leur validité (2).

Le Code n'a pas répété cette disposition. Les donations par contrat de mariage portant gain de survie sont donc soumises, de droit, à la règle générale, et on ne doit les en exempter que lorsqu'elles portent (ce qui arrive souvent) le caractère de dispositions à cause de mort, et qu'au lieu d'être de véritables gains de survie et de mériter le titre de donation, elles sont plutôt des pactes de société.

Supposons qu'une femme donne à son mari, en cas de survie, l'usufruit de tel immeuble déterminé; malgré la condition de survie, on ne saurait dire qu'il y a là une donation à cause de mort. C'est une donation entre-vifs, suspendue par une condition casuelle. La donatrice est liée irrévocablement; elle ne peut aliéner la chose au préjudice de l'usufruit de son mari. Celui-ci a un droit acquis, et sa donation n'aura d'effet, à l'égard des tiers, que si elle est transcrite (3).

Que si la donation est faite à la femme survivante par le

(1) Ferrières, *loc. cit.*

(2) Bergier *sur Ricard*, t. I, p. 286, note *A*.

(3) Devilleneuve, 4, 2, 231. La matière est très-bien exposée dans la note à laquelle nous renvoyons. Voy. aussi Cassat., 25 thermidor an XIII (Devill., 2, 1, 154), 9 septembre 1811 (Devill., 3, 1, 405). 10 mars 1840 (Devill., 40,

mari, au lieu d'avoir été faite au mari survivant par la femme, les principes sont absolument les mêmes. Seulement, la femme aura l'avantage d'une hypothèque légale en vertu de l'art. 2115 du Code Napoléon (1).

Mais ceci a besoin d'être expliqué.

La femme, comme donataire, n'a rien à demander. Son titre est nul. Elle n'a pas l'action révocatoire contre les tiers acquéreurs de l'immeuble soumis à l'usufruit (2); elle ne peut se présenter à titre de donataire aux créanciers antérieurs ou postérieurs de son mari (3); elle ne peut même faire valoir son hypothèque légale en tant qu'elle la rattache à la donation. Cette donation, étant invalide en soi, ne saurait donner naissance à une action hypothécaire efficace (4).

Mais la femme peut être créancière de son mari à cause du défaut de transcription; c'est ce qui arrive aux termes de l'art. 942 du Code Napoléon, lorsque le mari est reconnu coupable de négligence dans l'accomplissement du mandat que lui donne l'art. 940 de faire transcrire la donation. En pareil cas, la femme a, pour cette créance, une hypothèque légale, dont la cause est dans les conventions matrimoniales, et qui remonte au jour du mariage. Notez bien que cette hypothèque n'est pas un accessoire de la donation; il ne peut y avoir d'accessoire quand il n'y a pas de principal. Mais c'est une hypothèque fondée sur la responsabilité du mari; et ceci est très-différent. Car s'il venait à être prouvé que le mari n'a pas été négligent, qu'il a été empêché par force

1, 122). *Junge* M. Merlin, Répert., v° *Gains nuptiaux*, et M. Proudhon, *Usufruit*, n° 262. *Infra*, nos 2524 et 2532.

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. II, n° 418. *Infra*, n° 2525.

(2) *Infra*, nos 1180 et 1186.

(3) Cassat., 4 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 420).

(4) Cassat., 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 217). Angers (saisie du renvoi), 10 mars 1841 (Devill., 41, 2, 187). V. aussi M. Paul Pont, nos 438, 439.

majeure ou autrement, qu'en un mot, il n'a pas commis de faute, c'est en vain que la femme prétendrait à une hypothèque légale; cette hypothèque n'existe pas de plein droit : elle est subordonnée à la faute prouvée du mari.

Que si cette faute est constatée, alors la femme peut agir contre les tiers détenteurs des immeubles autres que ceux qui font l'objet de la donation (1). Sans doute, elle n'aura pas d'action hypothécaire contre l'acquéreur même de l'immeuble donné. Comment pourrait-elle l'inquiéter, puisque c'est précisément parce qu'elle est dépouillée par lui, qu'elle a action récursoire contre son mari? Mais quant aux autres acquéreurs, l'hypothèque légale va nécessairement les chercher lorsqu'ils n'ont pas purgé.

De même, la faute du mari étant établie, la femme pourra, à l'aide de cette hypothèque légale dont nous parlons, demander préférence contre les créanciers postérieurs à son contrat de mariage. Nous avons vu que, comme donataire, elle ne pourrait leur opposer sa donation; mais comme créancière de son mari, elle peut leur opposer son titre de créance et l'hypothèque qui y est attachée.

Tels sont les principes ; telles sont leurs conséquences.

Je vois cependant ces idées méconnues dans un arrêt de la cour de Toulouse du 7 mai 1829 (2), qui, dans l'hypothèse d'une donation de biens présents faite à l'épouse survivante, décide que c'est là un gain de survie dispensé de la transcription. Mais rien, dans le Code Napoléon, n'autorise à revenir sans distinction au texte de l'ordonnance de 1731. Ce texte est sans valeur aujourd'hui, en tant qu'il s'agit d'une donation qui a un caractère irrévocable et qui porte sur un bien présent.

(1) Voy. les arrêts déjà cités.

(2) Dalloz, 30, 2, 262. Devill., 9, 2, 259. Palais, 22, 993.

L'arrêt argumente de l'art. 1092 du Code Napoléon pour tracer une ligne de démarcation entre les donations pures et simples par contrat de mariage, et celles qui sont soumises à la condition de survie, et pour faire revivre par là l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Mais il n'est pas possible de faire sortir de l'art. 1092 une telle conséquence. Cet article ne veut dire autre chose, sinon que la condition de survie n'est pas sous-entendue de plein droit dans les donations de biens présents faites par contrat de mariage. Il ne dit pas que les donations de biens présents, modifiées par la condition de survie, seront des donations de biens présents en dehors du droit commun ; il ne le dit pas, et il ne pourrait le dire sans choquer les principes, le bon sens et l'opinion générale.

Mais quand une donation, faite sous condition de survie, a plutôt le caractère d'une donation à cause de mort que le caractère d'une donation entre-vifs, elle est dispensée de la transcription, et rien n'empêche de se référer alors à l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Telle est la donation des acquêts que le donateur laissera à son décès, et qu'il assure, par contrat de mariage, à sa future épouse en cas de survie de celle-ci. Telle est la donation de la moitié ou du quart de ses biens présents et à venir, dans le même cas de survie et sans état annexé. Ces donations sont des legs par contrat ; elles confèrent un titre irrévocable; mais elles laissent le donateur libre d'acquérir ou de ne pas acquérir, libre de vendre, d'hypothéquer, etc., etc. Le donataire n'a ni investissement ni possession ; il ne peut faire aucun pacte conservatoire du vivant du donateur. Ce n'est pas pour de telles dispositions que la transcription a été imposée (1).

1172. Quant aux donations déguisées sous la forme de

(1) Grenoble, 12 janv. 1813 (Devill., 4, 2, 231). Mais s'il y avait un état annexé et option pour les biens présents, V. *supra* n° 1169.

contrats onéreux, il va sans dire qu'elles répugnent par leur constitution même, à la nécessité de la transcription (1). On s'étonne que le contraire ait pu être enseigné (2).

Article 940.

Cette transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été donnés à sa femme ; et si le mari ne remplit pas cette formalité, la femme pourra y faire procéder sans son autorisation.

Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs.

SOMMAIRE.

1173. C'est au donataire qu'il appartient de faire la transcription.

1174. L'art. 940 a prévu le cas ou le donataire ne serait pas en état de veiller sur ses droits, et il a chargé de ce soin plusieurs mandataires.

1175. A défaut de ces mandataires, les donataires intéressés auraient, du reste, le droit de poursuivre eux-mêmes jusqu'à la transcription.

COMMENTAIRE.

1173. Notre article met en évidence une première vérité, à savoir, que c'est au donataire qu'il appartient de faire la transcription : elle est dans son intérêt ; elle le regarde exclusivement. Le soin de l'accomplissement de cette formalité repose donc sur lui.

1174. Mais des donations sont souvent faites à des per-

(1) *Supra*, no 1092.

(2) M. Coin-Delisle, sur l'art. 939, no 17.

sonnes qui n'ont pas toute la plénitude de capacité nécessaire pour veiller sur leurs droits. L'art. 940 vient à leur secours ; il charge expressément leurs mandataires légaux de procurer l'accomplissement d'une formalité qui a de si grands résultats. Le mari fera donc faire la transcription pour sa femme ; le tuteur, pour son pupille ou pour l'interdit ; l'administrateur, pour l'établissement pubic (1).

1175. Et comme la transcription est un acte purement matériel, il s'ensuit que si ces mandataires et administrateurs y mettaient de la négligence, rien n'empêcherait que la transcription qui, nous le répétons, n'est pas un acte de consentement, qui n'est qu'un acte de publicité, ne fût poursuivie par la femme elle-même ou par le mineur. L'art. 940 ne s'en explique pas à l'égard de ce dernier, comme pour la femme. Mais cette faculté paraît résulter du principe qui veut que tout mineur puisse faire sa condition meilleure. On peut consulter d'ailleurs, les art. 2139 et 2194 qui, en permettant aux mineurs de prendre inscription à défaut de leurs représentants, donnent, pour notre cas, une analogie décisive (2).

ARTICLE 941.

Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur.

SOMMAIRE.

1176. Similitude de l'art. 941 du Code avec l'art. 27 de l'ordonnance de 1731. — Question au sujet des héritiers du donateur.

(1) *Infra*, n° 1189.
(2) Voy. *supra*, art. 910.

1177. Ils ne sauraient se prévaloir du défaut de transcription.
1178. Il en est de même des légataires du donateur,
1179. Et des seconds donataires du donateur.
1180. Ceux-là seuls qui ont traité avec le donateur à titre onéreux, sont fondés à opposer le défaut de transcription. — Ainsi le tiers qui a acquis du donateur les biens compris dans la donation,
1181. Lors même qu'il aurait eu connaissance de la donation.
1182. L'acquéreur d'un immeuble autre que l'immeuble donné pourrait-il opposer le défaut de transcription, s'il avait lieu d'être inquiété par une action hypothécaire du donataire ?
1183. Les créanciers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, quels que soient leurs titres,
1184. Et quelle que soit la date de leurs titres.
1185. Les personnes chargées de faire la transcription ne peuvent opposer le défaut de cette formalité.
1186. Il en est de même de leurs ayants cause.
1187. Celui qui achète à un mari l'immeuble que celui-ci a précédemment donné à sa femme, sans faire faire la transcription, doit-il être considéré comme tiers ou comme ayant cause du mari ?
1188. Différence entre les acquéreurs et créanciers du donateur, d'une part, et les ayants cause de celui qui est chargé de faire la transcription, d'autre part.

COMMENTAIRE.

1176. Nous arrivons à la sanction de l'art. 939. Le législateur précise, dans l'art. 941, quelles sont les conséquences du défaut de transcription et quelles sont les personnes qui peuvent s'en prévaloir contre le donataire négligent.

L'art. 941 a été l'objet de beaucoup de controverses. Sa grande similitude avec l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, relatif au défaut d'insinuation, a fait que plusieurs jurisconsultes ont pensé qu'il devait avoir la même latitude. Et, comme cette disposition de l'ordonnance de 1731 dit que le défaut d'insinuation peut être opposé, même par les héri-

tiers du donateur, on a supposé, par analogie, que l'art. 941 doit être également applicable au même cas, et qu'on doit ranger les héritiers du donateur dans la classe des personnes ayant intérêt à opposer le défaut de transcription; d'autant que le Code n'excepte, dans notre article, que les personnes chargées de faire faire la transcription, leurs ayants cause et le donateur, et que le mot *ayant cause* n'est pas rejeté après le mot *donateur* (1).

1177. Disons tout de suite que cette opinion est aujourd'hui condamnée universellement (2). Le donateur ne pouvant opposer le défaut de transcription, entraîne à sa suite ses héritiers. Les héritiers du donateur, ayant un titre purement gratuit, ne peuvent exciper d'un intérêt réel : *certant de lucro captando;* il n'y a pas en eux un intérêt lésé, un de ces intérêts distincts de celui du donateur et créant pour eux une cause et un droit à part (3).

Remontons, d'ailleurs, au principe de la loi.

Lorsqu'on appliqua la transcription aux donations, on la prit telle qu'elle était réglée par la loi du 11 brumaire an VII. C'est ce qui résulte bien énergiquement de la discussion du Conseil d'État. Or, cette loi n'avait en vue que les créanciers et les tiers acquéreurs à titre onéreux. Elle ne tendait, en aucune manière, à favoriser les héritiers du donateur ou autres, tenant de lui à titre gratuit; car ils le représentent, et ils ne peuvent faire plus que lui. Ne sont-ils pas respon-

(1) M. Grenier, t. II, n° 167, dans une dissertation pleine de confusion.

(2) Zachariæ, t. V, p. 321. M. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 6, § 3. Toulouse, 27 mars 1808 (Devill., 2, 2, 369). Angers, 8 avril 1808 (*ibid.*, 375). Colmar, 13 décembre 1808 (*ibid.*, 447). Montpellier, 18 janvier 1809 (Devill., 3, 2, 8). Toulouse, 11 avril 1809 (*ibid.*, 49). Limoges, 10 janvier 1810 (*ibid.*, 182). Cassat., 12 décembre 1810 (*ibid.*, 271), et 17 avril 1811 (*ibid*, 1, 324).

(3) *Infrà*, n° 2290.

sables de ses faits? Sont-ils du nombre de ceux qui ont traité avec lui et qui ont été trompés par l'ignorance de ce qui a pu se faire?

C'est précisément parce que la loi du 11 brumaire an VII ne permettait pas aux héritiers de se faire un moyen du défaut de transcription, que M. Tronchet, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, regrettait l'insinuation qui leur conférait ce droit (1). Aussi, M. Jaubert, tribun, dans son rapport au Tribunat, disait-il que dans l'intention de l'art. 941, le donateur, les donataires postérieurs, les cessionnaires, les héritiers du donateur étaient exclus du droit de se prévaloir du défaut de transcription (2).

Ceci posé, il est clair que les créanciers de l'héritier du donateur n'ont pas plus d'action que lui pour se prévaloir du défaut de transcription (3).

1178. Les légataires du donateur ne sont pas non plus de meilleure condition. Si, dans le concours de deux titres, on a cru devoir accorder un privilége aux acquéreurs et aux créanciers, *quia certant de damno vitando*, on n'a pas étendu cette faveur jusqu'aux légataires qui *certant de lucro captando* (4) (argument des art. 1020, 1021, 1070, 1072 du Code Napoléon). Jamais la loi de brumaire an VII n'a eu en vue l'intérêt des légataires quand elle a prescrit la transcription.

1179. Un second donataire ne pourrait, pas plus qu'un légataire, opposer au premier donataire le défaut de transcription. M. Jaubert le déclarait d'une manière expresse

(1) *Supra*, n° 1151.

(2) Fenet, t. XII, p. 597.

(3) Paris, 21 novembre 1840 (Devill., 41, 2, 41).

(4) Agen, 8 novembre 1822 (Devill, 7, 2, 125), dans une espèce où il s'agissait d'un légataire universel. Caen, 27 janvier 1813 (Devill., 4, 2, 248), dans une espèce où il s'agissait d'un légataire particulier.

dans le passage ci-dessus cité, et les raisons sont absolument les mêmes. Peu importerait que le second donataire eût fait transcrire, tandis que le premier s'en serait abstenu. La loi ne prend pas parti entre ces personnes qui se disputent un gain. Elle les laisse sous l'empire du droit commun, sous l'influence de la maxime *potior tempore, potior jure* (1). Ils ne sont pas de ceux qui, par une convention passée avec le donateur, ont été blessés dans leurs intérêts et sont victimes d'une erreur (2).

1180. Il suit de là, que le moyen tiré du défaut de transcription, échappant au donateur et à tous ceux qui tiennent de lui à titre gratuit, n'est ouvert qu'à ceux qui ont traité avec le donateur à titre onéreux, comme sont les acquéreurs et les créanciers.

Parlons d'abord des acquéreurs.

Tant que la donation n'a pas été transcrite, le tiers qui a acquis du donateur les biens donnés l'emporte sur le donataire, et l'art. 941 lui donne le droit d'opposer le défaut de transcription (3). Je laisse de côté une dissertation de M. Toullier, tendant à s'écarter de ces notions. Ce serait, de ma part, de la polémique inutile, parce que la dissertation de M. Toullier est de la science surannée.

1181. Lors même que l'acquéreur aurait eu connaissance de la donation quand il a contracté, il serait toujours fondé à opposer le défaut de transcription (4). Elle est, en effet, une

(1) Nîmes, 1er décembre 1826 (Dalloz, 27, 2, 73). Montpellier, 2 juin 1831 (Devill., 31, 2, 325). Toulouse, 8 mai 1847 (Devill., 47, 2, 458).

(2) *Infra*, no 2290.

(3) Cassat., 10 avril 1815 (Dalloz, 5, 567). Montpellier, 28 février 1821 (Devill., 6, 2, 372). Poitiers, 4 mai 1825 (Dalloz, 25, 2, 352). Mon comm. des *Hypothèques*, no 904.

(4) Caen, 28 décembre 1835 (Devill., 48, 2, 735). Grenoble, 14 juillet 1824 (Devill., 7, 2, 407). Limoges, 16 mai 1839 (Devill., 40, 2, 14).

formalité extrinsèque, nécessaire pour que la donation soit valable à l'égard des tiers. Elle ne peut être suppléée par la connaissance accidentelle, acquise en dehors de l'accomplissement des formalités légales. L'art. 1071 du Code Napoléon offre ici un argument décisif (1).

Vainement dirait-on que l'acquéreur est de mauvaise foi. Il lui est bien permis de supposer que le donataire n'a pas voulu profiter d'une donation non transcrite, ou du moins qu'elle n'est pas sérieuse (2).

1182. On peut même considérer comme tiers, ayant intérêt à opposer le défaut de transcription, l'acquéreur d'un immeuble autre que l'immeuble donné, si cet acquéreur était inquiété dans sa possession par l'action du donataire qui, ayant une hypothèque légale, voudrait la faire valoir contre lui (3). Supposons une femme à qui son mari a fait une donation d'immeuble par contrat de mariage, sans que cette donation ait été transcrite. La femme ne peut avoir hypothèque légale pour cette donation, puisqu'elle est sans valeur.

Pourtant s'il arrive que le mari soit coupable d'une faute pour n'avoir pas fait transcrire la donation, il sera passible d'un recours, et ce recours donnera à sa femme une hypothèque légale à compter du mariage. Or, il est certain que cette hypothèque pourra se mouvoir contre les tiers acquéreurs qui n'ont pas purgé (4). Seulement, le tiers pourra opposer les exceptions qui peuvent entraver la marche de l'ac-

Montpellier, 9 mars 1843 (Devill., 44, 2, 187). Zachariæ, t. V. § 704, note 32.

(1) *Infra*, n° 2288.

(2) Ricard, p. 1, n°s 1185 et suiv. V. encore là-dessus un arrêt de la cour de Paris du 2 mai 1860 (Dalloz, 61, 2, 65).

(3) Cassat., 10 mars 1840 (Devill., 40. 1, 217, 218). Angers, 10 mars 1841 (Devill., 41, 2, 187).

(4) *Id.*, et *supra*, n° 1171.

tion hypothécaire (1); il pourra aussi contester le principe de l'hypothèque et prouver que le mari était exempt de faute.

1183. Passons aux créanciers du donateur.

Il est aujourd'hui certain que le défaut de transcription peut être opposé non-seulement par les créanciers inscrits, mais par ceux non inscrits, et non-seulement par les créanciers hypothécaires, mais aussi par les créanciers simples chirographaires, et même par les créanciers mobiliers (2).

Contre cette jurisprudence, on oppose que la transcription, prescrite par notre article, n'est que la transcription de l'an VII, et que, dans le système de la loi de l'an VII, le défaut de transcription ne pouvait être opposé que par ceux qui avaient acquis un droit réel sur l'immeuble avant qu'elle ne fût faite (3).

Il y a du vrai dans cette objection : seulement elle tient trop compte de la loi de l'an VII, et pas assez de l'article 941 du Code Napoléon qui a aussi sa vertu propre et son autorité.

(1) Arrêt d'Angers précité.

(2) Créanciers inscrits, Cassat., 4 juin 1830. *Supra*, n° 1171. Bordeaux, 19 août 1843 (Devill., 44, 2, 562), Grenoble, 16 décembre 1844 (Devill., 45, 2, 316). Créanciers chirograp., Cassat., 7 avril 1841 (Devill., 41, 1, 393), Limoges, 9 mars 1843 (Devill., 44, 2, 64). Nancy, 18 juin 1838 (Dalloz, 39, 2, 18). Grenoble, 9 décembre 1850 (Devill., 51, 2, 633). Cassat. 6 avril 1858 (*J. Pal.* 1860, p. 776). Req., 23 nov. 1850 (Dalloz, 59, 1, 481; Devill., 61, 1, 85; *J. Pal.* 1860, p. 776). MM. Esnault, t. I, n° 194; Duranton, t. VIII, n° 517; Zachariæ, t. V., p. 333, note 26; Poujol, art. 941, n° 2; Guilhon, t. II, n° 563; Aubry et Rau, d'après Zachariæ, 3e édit., t. VI, p. 87; Massé et Vergé *sur Zachariæ*, t. III, p. 221, note 20; Taulier, t. IV, p. 76; *Dict. du Notariat*, 4e édit. Vo *Transcrip. de Don.*, n° 23.

(3) Agen. 17 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 462). Poitiers, 4 mai 1825 (Devill., 8, 2, 70). Bordeaux, 2 juin 1827 (Devill., 9, 1, 420). Cassat., 4 janvier 1830. Toulouse, 28 juill. 1853 (Devill., 54, 2, 1). V. aussi MM. Marcadé, art 941, no 1; Coin-Delisle, *Ibid.*, no 9; Saintespès-Lescot, t. III, no 720; Devill., 54, 2, 1; Gauthier, *J. du Pal.* 1860, p. 776.

Comment, en effet, pourrait-on retrancher les créanciers chirographaires du nombre de ceux qui ont intérêt? Comment pourrait-on se persuader que la publicité de la donation est pour eux une circonstance inutile et sans influence? Il n'est donc pas permis de leur enlever le bénéfice du texte de l'article 941 qui se soutient ici par l'esprit du législateur, dont la pensée a été de faire dépendre le crédit du donateur, à l'égard des tiers, de la publicité de la donation.

Dira-t-on que les créanciers chirographaires du donateur sont ses ayants cause, et qu'à ce titre ils doivent être écartés? Cette raison serait vaine. Ils n'ont pas à subir la responsabilité de ses propres faits; ils ne sont pas chargés de ses obligations; ils ont même des intérêts contraires aux siens, et ils doivent pouvoir se garantir des conséquences d'une omission qui les blesse.

1184. Il n'y a même pas à distinguer si les créanciers sont antérieurs ou postérieurs à la donation (1). Si les créanciers sont antérieurs, ils ont le droit de dire qu'en ce qui les concerne, leur gage n'a pas été diminué par une donation incomplète. S'ils sont postérieurs (2), ils ont le droit de dire qu'ils n'ont pas dû considérer comme sérieuses des libéralités qui ne se sont pas réalisées, à leur égard, dans les termes de la loi.

1185. Notre article ne veut pas que le défaut de transcription puisse être opposé par ceux qui sont chargés de faire faire cette transcription; car nul ne doit se faire un titre de sa négligence ou de son dol. Telle était aussi la disposition de l'ordonnance de 1731, en ce qui concerne l'insinuation. On a vu dans l'article 940 quelles personnes sont chargées de faire faire la transcription.

(1) MM. Grenier, *Hypoth.*, t. II, n° 360. Coin-Delisle, n°s 9 et suiv.
(2) Nancy, *loc. cit.*

1186. Les ayants cause de celui qui est chargé de faire la transcription ne sont pas de meilleure condition que lui. Notre article le déclare d'une manière expresse, et en excluant les ayants cause de cette personne, il exclut ses successeurs universels et particuliers. Car le mot ayant cause est pris par l'article 941 dans le sens le plus large (1).

1187. Ceci est simple en soi et facile à concevoir. Mais la pratique a fait naître une complication qui a jeté de l'hésitation dans la jurisprudence et du trouble dans les esprits.

Par exemple : Titius donne à Sempronia, sa femme, un immeuble. Chargé de procurer la transcription, conformément à l'article 940 du Code Napoléon, il la néglige. Puis, il vend à Tertius la chose donnée. Tertius, étant son ayant cause, aura-t-il plus de droit qu'il n'en avait lui-même (2)?

La situation est complexe. Si Tertius est ayant cause du mari chargé de la transcription, ce qui l'écarte, il est aussi l'ayant cause de ce même mari considéré comme donateur, ce qui semble devoir le faire admettre. Or, l'action de Tertius comme tiers sera-t-elle paralysée par l'exception résultant de sa qualité de représentant de la personne chargée de la transcription ? L'exception sera-t-elle plus forte que l'action ?

La jurisprudence a varié sur cette question. La cour de cassation, après avoir fait triompher l'exception (3), a fini par faire triompher l'action et a considéré l'acquéreur plu-

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, n° 530. V. aussi Poitiers, 10 juin 1851 (Devill. 51, 2, 609); Toulouse, 28 juillet 1853 (Devill., 54, 2, 1); Req., 1er mai 1861 (Devill., 61, 1, 481).

(2) M. Merlin, v° *Donation*, sect. 6, § 3. Mon comm. des *Hypothèques*, n° 529. V. aussi M. Paul Pont, nos 627 et suiv.

(3) Cassat., 4 juin 1823 (Dalloz, 10, 660. Devill., 7, 1, 260). Angers, 31 mars 1830 (Dalloz, 30, 2, 180). Merlin, Quest. de droit, v° *Transcription*, § 6, n° 5.

tôt comme tiers que comme ayant cause (1). Nous pensons que le crédit privé s'accommode mieux de cette seconde solution (2).

1188. Maintenant, on pourra se faire la question suivante : Pourquoi l'article 941 exclut-il tous les ayants cause de celui qui est chargé de faire la transcription ? Pourquoi n'exclut-il par les acquéreurs et les créanciers du donateur, qui sont ses ayants cause ? La réponse est facile. La publicité a été introduite dans l'intérêt même de ceux qui ont contracté avec le donateur. C'est la faveur de ces personnes qui l'a fait introduire; c'est donc à eux de s'en prévaloir.

Il n'en est pas de même des ayants cause de celui qui était chargé de faire la transcription. La loi n'a pas porté sur eux sa faveur ; ce n'est pas pour eux qu'elle a stipulé. Elle les laisse donc sous l'empire de la règle : *Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum et defendendum, quæ fuit auctoris* (3).

Article 942.

Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne seront point restitués contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations; sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, s'il y échet, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables.

(1) Arrêt du 4 janvier 1830 (Dalloz, 30, 1, 50), et un autre du 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 217).

(2) *Contra*, M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 62 et suiv. *Supra*, n° 1171.

(3) L. 136, § 3, D., *De reg. juris*. L. 175, § 1, D., *De reg. juris*. Mon comm. des *Hypothèques*, n° 529.

SOMMAIRE.

1189. La disposition de l'art. 942 est empruntée à l'art. 32 de l'ordonnance de 1731.

1190. Les incapables dont il s'agit pourront, s'il y a lieu, recourir contre leurs mandataires légaux.

1191. Renvoi.

1192. L'insolvabilité du tuteur, ou du mari, ne donnera pas au mineur, ou à la femme, le droit de se faire restituer contre le défaut d'acceptation.

COMMENTAIRE.

1189. Cet article est emprunté à l'ordonnance de 1731 qui, par son art. 32 (1), avait décidé que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, ne seraient pas restitués contre le défaut d'acceptation ou d'insinuation. Telle était aussi la jurisprudence du parlement de Paris (2) et du parlement de Normandie (3).

Quelques textes du droit romain jetaient du doute sur cette solution (4). Mais les principes généraux l'expliquaient d'une manière simple et logique. Les donations faites aux mineurs ne sont pas exceptées de la règle qui veut une acceptation, et, de plus, la transcription. Il n'est donc pas possible de faire valoir des actes qui manquent de ces conditions essentielles, et de les opposer à des tiers qui ont contracté de bonne foi. Quelque favorables que soient les mineurs, ils le sont moins ici que ceux qui ont pour eux la loi et des contrats valables.

(1) Furgole sur cet article.

(2) Ferrières *sur Paris*, art. 284, glose 2, § 1, n° 27. Ricard, part. 1, ch. 4, sect. 3, glose 3.

(3) Basnage *sur Normandie*, art. 448.

(4) L. 17, C., *De donat. ante nuptias*. L. 7, § 6, et 44, D., *De minoribus*.

1190. Mais les incapables dont il est question dans notre article, auront un recours, s'il y a lieu, contre le tuteur ou le mari. Nous disons avec notre article, s'il y a lieu, parce que ce recours dépend des circonstances, et qu'il convient de ne l'accorder qu'autant qu'il y a une faute appréciable (1).

Dans ce dernier cas, la femme a contre le mari en faute une hypothèque légale, qui procède de son contrat de mariage et qui peut s'exercer, ainsi que nous l'avons dit au n° 1171. Ce n'est pas, sans doute, comme donataire qu'elle exercera son action hypothécaire contre les tiers; c'est comme créancière, par suite de la négligence de son mari.

Le mineur a aussi une hypothèque légale sur les biens du tuteur, dans les termes de l'art. 2135 du Code Napoléon, et cette hypothèque, causée pour fait de gestion, prend date au jour de l'acceptation de la tutelle.

1191. On demande si le père, tuteur ou donateur, est garant de la nullité de la donation, lorsqu'il n'a pas veillé à l'acceptation ou à la transcription. Nous avons décidé cette question *supra* (2) pour l'affirmative, et nous avons expliqué que l'action en garantie se résout en une impossibilité, pour le donateur, de faire valoir la nullité.

1192. Si le mari et le tuteur sont insolvables, les mineurs ne seront pas relevés pour cela de la nullité à l'égard des tiers qui ont droit de s'en prévaloir (3). La donation est annulée sans ressource, et l'inefficacité du recours réservé à l'incapable n'est pas une raison de rendre la vie à un acte anéanti.

(1) Furgole sur l'art. 14 de l'ord. de 1731, p. 119.
(2) N° 1135.
(3) Ricard, p. 1, n° 1175, art. 14 et 32 de l'ord. de 1731.

ARTICLE 943.

La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

SOMMAIRE.

1193. De l'ordre d'idées dans lequel entrent l'art. 943 et les suivants. De la règle *donner et retenir ne vaut*, et de ses conséquences. Comment elle est le principe de la prohibition de donner les biens à venir.

1194. De la donation des biens présents et à venir en droit romain.

1195. *Quid* dans les pays coutumiers? — Malgré quelques dissidences, l'opinion la condamnait comme incompatible avec la règle : *donner et retenir ne vaut*. —L'ord. de 1731 la condamna sans permettre de diviser les biens présents d'avec les biens à venir.

1196. Il n'y avait d'exception qu'en faveur des contrats de mariage, où la donation des biens à venir était permise.

1197. Le Code, tout en prohibant la donation de biens à venir, admet la division dans le cas d'une donation de biens présents et à venir.

1198. Il admet la même exception que l'ordonnance de 1731 pour les donations par contrat de mariage.

1199. Ce qu'il faut entendre par biens à venir.

1200. L'exigibilité future du payement de la chose donnée n'empêche pas la donation d'être donation de biens présents.

1201. Erreur de M. Grenier sur ce point.

1202. Une donation de sommes d'argent, dont le payement est exigible au décès du donateur, peut s'exécuter sur les biens acquis par le donateur après la donation.

1203. Il n'y a point donation de biens à venir dans le don du fermage de l'année de son décès, fait par le donateur usufruitier au donataire nu propriétaire.

1204. La donation d'une chose sur laquelle on n'a qu'un droit conditionnel n'est point une donation de biens à venir.

1205. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1195. Notre article entre dans un nouvel ordre d'idées : il commence l'exposé des conséquences attachées au principe de l'irrévocabilité des donations. Arrivé au point où nous en sommes, le Code trouve devant lui la fameuse maxime du droit coutumier : « *donner et retenir ne vaut,* » si souvent répétée dans les statuts locaux et dans les ouvrages de jurisprudence, et que d'Argentré appelait un proverbe juridique (1). Le Code ne la formule pas, comme le fait, par exemple, la Coutume de Paris (2). Mais il la tient pour une de ces règles essentielles qui sont d'autant plus fortes qu'elles n'ont pas besoin d'être écrites. Il se borne à la suivre dans ses applications les plus saillantes et dans ses effets les plus caractéristiques.

Des jurisconsultes antérieurs au Code (3) l'ont rattachée au droit romain par la loi 167, D., *De regulis juris,* portant : « *Non videntur data, quæ eo tempore quo dantur, accipientis* » *non fiunt.* » Il y a du vrai dans ce rapprochement. Les précautions prises avant Justinien pour prévenir les profusions excessives et les libéralités imprévoyantes (4), ont paru aussi nécessaires dans le droit français que dans le droit Théodosien. On tenait en France à la conservation des biens patrimoniaux dans les familles. On voulut donc, comme le dit Delaurière, « que les donateurs connaissant la perte « qu'ils vont faire, fussent moins facile à se dépouiller (5). »

(1) *Sur Bretagne,* art. 226, glose 1, n° 1 : « *Parisienses..... apud quos* » *illud in proverbio est,* donner et retenir ne vaut. »

(2) Art. 273. Voy. aussi Auxerre, 217. Berry, t. VII, art. 1. Blois, art. 169. Bourbonnais, art. 212. Orléans, art. 284, etc. Le commentaire de Ferrières sur l'art. 273 de la Coutume de Paris en donne la longue liste.

(3) Ferrières *sur Paris,* art. 273.

(4) « *Ne improvida profusione quidam bonis suis evolverentur.* » Godefroy sur la loi 4, C. Theod., *De donat.*

(5) *Sur Loisel,* 4, 4, 5.

De là une suite de règles ayant pour but de forcer le donateur à n'entrer dans la donation qu'avec une pensée de dessaisissement complet, et de lui enlever tout moyen de satisfaire des regrets tardifs. Toutes ces règles se résument en une seule, plus générale : « *donner et retenir ne vaut.* » C'est elle qui a inspiré les art. 943, 944, 945, 946, 947 et 948.

Mais comment la prohibition de donner les biens à venir découle-t-elle de la règle, *donner et retenir ne vaut?*

Auroux va nous l'expliquer (1): « La raison est, qu'à l'égard » des biens à venir, le donateur n'en peut faire la délivrance » ni réelle ni par fiction, et qu'ayant la liberté d'acquérir ou » de ne pas acquérir, et ayant acquis, de vendre ou autre- » ment consommer en dettes les acquisitions qu'il a faites, » il est libre de rendre la donation entièrement inutile; ce » qui est absolument opposé aux principes des donations en- » tre-vifs qui doivent être irrévocables et composées de » choses certaines dont on puisse faire tradition. »

Toutes ces raisons ne conviennent pas au système du Code Napoléon, qui n'exige pas la tradition dans la donation entre-vifs (2). Mais celles qui sont tirées du pouvoir que le donateur conserve sur l'éventualité des biens à venir, ont une autorité actuelle ; elles ont paru décisives à notre article.

Mais avant d'aller plus loin, retraçons les précédents de la jurisprudence sur la donation des biens à venir. Il y a eu des vicissitudes qu'il est utile de connaître et des divergences qu'il faut constater.

1194. Lorsque le droit romain, dans une de ses phases les plus remarquables, exigeait la tradition pour rendre la donation parfaite, les biens à venir n'y pouvaient pas entrer, parce qu'on ne peut faire tradition de ce qui n'existe

(1) *Sur Bourbonnais*, art. 210, n° 1.
(2) *Supra*, n° 1140.

pas (1). On trouve ici l'influence de la tradition et l'un des motifs signalés par Auroux dans notre ancien droit français.

Mais après que Justinien eut établi que les donations étaient parfaites par le nu consentement, et sans aucune espèce de tradition présente, les biens à venir purent être donnés entre-vifs aussi bien que les biens présents, parce qu'on peut stipuler non-seulement sur les choses présentes, mais encore sur les choses qui concernent l'avenir (2). Pourquoi, dans cet ordre d'idées, aurait-il été moins permis de donner ses biens à venir, que d'hypothéquer ses biens à venir? Aussi, il est certain que les donations de biens présents et à venir étaient permises par le dernier état du droit romain (3). C'est ce qu'expriment les textes du Code Justinien où l'on voit que l'on peut donner son patrimoine, tous ses biens, sa substance, toutes ses facultés (4).

Cependant la plupart des interprètes n'admettaient cette opinion qu'avec cette restriction, à savoir que la donation était nulle si elle était tellement universelle, qu'elle ôtât au donateur la liberté de disposer par testament. Car les lois voyaient avec peine qu'une personne se soumît à l'obligation ignomineuse (suivant les préjugés des Romains) de mourir *intestat*. Quand la donation est universelle, elle ôte au

(1) « *At si donatio perficiatur traditione corporali, ut voluit Constantinus et veteres voluerunt, ut usus magis probat, évidentissimum est non consistere rerum futurarum donationem, quia rerum quæ nondum sunt, nulla fieri potest traditio.* (Cujas, *Ad leg.*, 35, C., *De donat.*) Furgole, art. 15, ordonnance de 1731. Hotman, disp. 8, 32. J. Godefroy dit très-bien, sur la loi 4 du C. Théod., *De donat.* : « *Ac ratione omnium bonorum donatio non valebat... quod summam habet rationem.., ne quis stulte, insipienter, inconsulte bona sua, eorum nescius forte, donaret.* »

(2) L. 73. D., *De verb. oblig.*

(3) Delaurière, *Inst. cout.*, ch. 4, n° 8, p. 140. Ferrières *sur Paris*, art. 272, glose 2, n°s 43 et suiv.

(4) L. 14, C., *De sacrosanctis ecclesiis*. L. 5, C., *De inoff. donat.* L. 8, C., *De revoc. donat.* L. 35, §§ 4 et 5, C., *De donat.*

donateur la faculté d'avoir un héritier, puisque personne ne veut appréhender la succession d'un homme qui n'a laissé aucun bien « *Recusantibus scriptis hæredibus, pro nullo aut* » *minimo lucro, hæreditates adire* (1). » Sous un autre rapport, on peut dire que la donation de tous biens, présents et à venir, n'est pas d'un homme sensé, puisqu'il n'y a qu'un prodigue qui puisse se dépouiller ainsi irrévocablement et universellement (2). C'est pourquoi d'éminents docteurs pensaient que la donateur devait au moins se réserver la vingtième partie de ses biens pour en disposer par testament (3). On trouve des traces de cette idée dans la jurisprudence du parlement de Toulouse (4).

(1) Justinien, *Instit.*, t. *De leg. falcidia.*

(2) L. 6, D., *De verbor. obligat.* L. 1, D., *De curat. furios.* Ferrières, *loc. cit.*, n° 48. D'Argentré *sur Bretagne*, art. 218, glose 5, n° 3. Furgole sur l'art. 13 de l'ord. de 1731, p. 124.

(3) Voy. Coquille *sur Nivernais*, t. *Des donat.*, art. 4. Ricard, *Donat.*, p. 1, n°s 979 et suiv. Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 123, 124. Delaurière *sur Loisel*, 4, 5, 14. Ferrières, *loc. cit.*, n° 50.

Bartole avait fortement soutenu cette opinion sur la loi *Stipulatio hoc modo concepta*, D., *De verbor. obligat.* Elle était suivie par la majorité des jurisconsultes de l'ancienne école. Elle ne manquait pas cependant de contradicteurs, au nombre desquels on peut compter Balde, Salicet, Angelus et surtout Alciat ; mais la jurisprudence tenait pour la nullité, ainsi qu'on peut s'en assurer dans Socin, t. I, cons. 143, n° 20; Surdus, cons. 450, t. III, p. 772, n°s 56 et suiv. ; Covarruvias, liv. 3, *Var. résolut.*, cap. 12 ; Fachiné, controv. 87, 46, 6, etc.

Cujas, chef de l'école moderne, enseignait, au contraire, qu'en principe la donation de biens présents et à venir, faite sans réserve, n'ôtait pas la faculté de tester, parce qu'une hérédité étant *nomen juris*, l'individu le plus pauvre pouvait faire un testament (sur la loi 35, C., *De donat.*). Telle était l'opinion de Zœzius sur le Dig., *De donat.*, n° 28, de Voet, *Ad Pand.*, *De donat.*, n° 10, et du président Favre, *De errorib. prag.*, décad. 48, error. 6.

Cependant ce dernier auteur rapporte dans son Code une décision qui prouve que l'ancienne opinion était suivie au Sénat de Savoie (C., lib. 8, t. XXXVI, défin. 9).

(4) Furgole, *loc. cit. Infra*, n° 2456.

1195. Le système n'était pas la même dans la France coutumière.

On y tenait à la tradition; on y observait avec rigueur la maxime, *donner et retenir ne vaut*. Et de ces deux choses, on tirait des conséquences d'autant plus sévères contre les donations de biens à venir, qu'en général on était peu favorable aux donations en elles-mêmes, et surtout de biens présents et à venir, qu'on ne considérait pas comme une œuvre de sagesse (1).

« Qui le sien donne avant mourir,
» Bientôt s'apprête à moult souffrir (2). »

Ce qui faisait dire a Delaurière : « Les donations sont, de » droit étroit, préjudiciables aux familles, et, par cette rai- » son, on ne leur donne point d'extension (3). »

Partant de cet ordre d'idées, les jurisconsultes avaient analysé avec un esprit de rigueur les éléments dont se composent les donations de biens présents et à venir, et en général, ils les tenaient pour nulles (4). On pensait qu'elles répugnaient à la nature des donations entre-vifs, à la nécessité de la tradition, et surtout à la maxime, *donner et retenir ne vaut*. Car l'irrévocabilité, qui est une condition vitale de la tradition, semblait pouvoir se concilier difficilement avec un contrat qui, en définitive, ne contient qu'un événement incertain, et qui pour me servir des expressions de Lebrun, n'entend donner que *le revenant bon au temps du décès* (5); de sorte que le donateur conservait, par là, la faculté d'aug-

(1) Furgole, *id.*
(2) Loisel, IV, 5, 14.
(3) *Sur Loisel*, liv. 4, t. IV, *Observat. prélim.*
(4) Ferrières, *loc. cit.*, 40, 51 et suiv. Ricard, 981 et suiv. Bourbonnais, art. 210. *Contra*, Auvergne, ch. 14, art. 22. Sédan, art. 112.
(5) *Success.*, 4, 2, 2, 32.

menter ou de diminuer ses biens, de les vendre, de les affecter, de les hypothéquer (1).

Voilà le résumé des idées qui avaient prévalu, malgré Lebrun (2), Argou (3) et quelques coutumes (4). M. de Lamoignon avait condamné les donations de biens présents et à venir, à cause de leur incertitude (5) ; et les arrêts nombreux rendus sur cette matière n'avaient, en général, maintenu les donations de biens présents et à venir, qu'en les transformant en donations à cause de mort (6).

Aussi, lorsque D'Aguesseau rédigea l'ordonnance de 1731, se rangea-t-il à cette opinion, en prohibant les donations de biens présents et à venir par la disposition de l'art. 15.

Mais la donation devait-elle être déclarée nulle pour le tout ou seulement pour les biens à venir? L'ordonnance de 1731, faisant cesser les doutes anciens, si bien exposés par Lebrun (7), déclara que la donation serait, dans tous les cas, nulle pour le tout, même pour les biens présents, n'exceptant que les donations par contrat de mariage en faveur des conjoints (8).

(1) Lebrun, *loc. cit.*

(2) *Success.*, 4, 2, 2, 32.

(3) *Instit. au droit français*, 2, XI, t. I, p. 273.

(4) Auvergne et Sédan précités.

(5) *Junge* Auzanet *sur Paris*, art. 274.

(6) Ferrières, *loc. cit.*, 51 et suiv.

(7) *Success.*, 4, 2, 2, 38 et suiv.

(8) Cujas avait soutenu la division de la donation dans son commentaire sur la loi 35 C., *De donat.* : « *Neque tamen ex eo sequitur, quod voluit Nicolaus* » *Valla, senator parisiensis, inutilem esse donationem bonorum præsentium* » *et futurorum, quod futurorum, quæ est inutilis, importet præjudicium* » *donationi præsentium, quæ per se est utilis, conjuncta cum donatione futu-* » *rorum redditur inutilis. Male quia in donatione jam illud est absolutum* » *et iteratum sæpius, utilem partem donationis non vitiari per inutilem.* »

Surdus professe aussi le principe de la division (cons. 450, t. III, p. 772, nos 56, 57, 58). Ses raisons sont très-développées et très-solides. Au contraire, Duval soutenait la nullité totale, *De reb. dubiis*, 2, 4, et Ricard distinguait, 1, 1022.

D'Aguesseau fut déterminé par la considération, qu'il paraissait contraire aux véritables principes de diviser un acte qui avait été originairement un dans la pensée des contractants, et que les vices des contrats, dans lesquels on blesse l'esprit et l'intention de la loi, les rendent entièrement nuls ; que d'un autre côté, si la loi faisait dépendre la nullité de la recherche de l'intention du donateur, l'admission des conjectures ouvrirait la porte à un grand nombre de procès qu'il est du devoir du législateur d'arrêter (1) ; qu'enfin, et en allant au fond des choses, il est présumable que le donateur n'avait donné les biens présents qu'en vue et en considération des biens à venir, afin de former un bloc de son actif et de son passif et de le faire passer au moment de son décès, sur la tête du donataire universel, à peu près comme sur la tête d'un héritier (2) ; qu'on ne peut diviser des choses qui ont été données sous un nom collectif ; que le donataire a dû s'attendre à suivre l'événement incertain des affaires du donateur, et que, soit de son côté, soit de celui du disposant, il n'est pas permis de diviser, sans faire violence au contrat, une donation qui a uni et enveloppé dans une même clause le présent avec l'avenir (3).

1196. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 autorise la donation de biens présents et à venir dans les contrats de mariage, et qu'elle permet même de la diviser à certaines conditions (4). Mais le contrat de mariage fait exception à bien des règles. La donation de biens présents et à venir ne pouvait être exclue des contrats de mariage, qui admettent l'institu-

(1) M. Merlin, Répert., v° *Donation*, p. 89. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 10, n° 4.

(2) Lebrun, 4, 2, 2, 39.

(3) Id., n° 41.

(4) Art. 17 de l'ord.

tion contractuelle, avec laquelle elle a de si grandes analogies (1).

1197. Le Code, qui a consacré la maxime : *donner et retenir ne vaut*, a dû proscrire les donations de biens à venir, non pas par toutes les raisons que nous venons d'exposer, et surtout celle qui se puisait dans la nécessité de la tradition, mais à cause de leur incertitude et du droit potestatif que le donateur conserve sur les biens à venir (2). Par où l'on voit que le Code se montre plus sévère en matière de donation qu'en matière ordinaire. Car, d'après le droit commun, on peut vendre des choses qui n'existent pas encore (3), ainsi que cela se pratique journellement dans le commerce. Le Code autorise même, dans certains cas, l'hypothèque des biens à venir, malgré le principe de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle (4). Mais la donation est un contrat dangereux contre lequel des précautions doivent être prises.

Toutefois la nullité de la donation des biens à venir n'entraîne plus la nullité de la donation des biens présents à laquelle elle est liée.

Notre article s'est prononcé pour la division de la donation. Il a préféré l'avis le moins rigoureux, et il n'a pas aperçu d'impossibilité radicale à distinguer, dans le contrat, deux donations différentes : celle des biens présents et celle des biens à venir ; l'une qui est certaine, et l'autre qui ne l'est

(1) *Infra*, nos 2380 et suiv.

(2) Jugé en effet que la donation d'une maison et de tout le mobilier qui s'y trouvera au décès du donateur, avec faculté par celui-ci de disposer de ce mobilier pendant sa vie, est nulle quant à ce dernier chef, soit comme donation de biens à venir, soit comme faite sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. Cass. 30 juin 1857 (*J. Pal.* 1859, p. 289 ; Devill. 59, 1, 836).

(3) Art. 1130, 1128 et 1598.

(4) Art. 2130.

pas et qui, se reportant au décès, ne saurait être plus irrévocable qu'un testament ; la première complète, actuelle et valable, la seconde manquant des conditions d'une véritable donation.

1198. Remarquons, ensuite, que la prohibition de donner des biens à venir n'a pas lieu pour les donations par contrat de mariage (1). Le Code qui a admis l'institution contractuelle, c'est-à-dire la plus grande de toutes les anomalies, devait à plus forte raison, suivre sur ce point la disposition de l'ordonnance de 1731, et admettre la donation des biens présents et à venir qui, au moins par son nom et son apparence, s'écarte encore moins des principes.

1199. Mais que doit-on entendre par biens à venir (2) ? Ce sont les biens dont le donateur n'est pas encore propriétaire lors de la donation, tandis que les biens présents sont ceux qui appartiennent au donateur dans le temps de la donation (3), ou ceux qui sont acquis actuellement, quoique non encore possédés, ou bien ceux-là mêmes qui ne sont pas encore advenus, mais qui adviendront en vertu d'un titre existant au moment de la donation (4).

Ainsi, l'art. 943 ne pourrait pas servir de prétexte pour annuler la donation d'une rente à prendre avec hypothèque sur les biens du donateur, avec clause expresse que la jouissance n'en commencera qu'après son décès. Car la donation a, dès l'instant même où elle est passée, un objet certain et déterminé; elle a une garantie fixée sur les biens qui composent actuellement le patrimoine du donateur. Ce dernier aura beau aliéner les biens qui forment cette garantie ; la

(1) Voy. l'art. 1084, C. Nap., et les art. 1093 et suiv. *Infra*, n°s 2380 et suiv.

(2) *Infra*, n°s 2405, 2406, 2407.

(3) Art. 15 de l'ord. de 1731.

(4) Cassat., 25 novembre 1830 (Dall. z, 31, 1, 20).

charge dont les a grevés la donation les suit en quelques mains qu'ils passent. Par où l'on voit que le donateur a donné une chose qui était actuellement dans ses biens, et qu'il n'y a d'à venir que le payement : or, qui ne sait que le payement peut recevoir ce genre de délai, pourvu que, dès l'instant du contrat, le donateur soit lié ?

1200. On peut porter le même jugement d'une somme donnée actuellement, mais seulement payable au décès du donateur (1). Le donateur est lié présentement et irrévocablement. Il ne fait que prendre un délai pour payer. De son côté, le donataire est actuellement saisi d'une créance et d'une action pour se faire payer quand le moment sera venu (2).

1201. M. Grenier avait d'abord pensé qu'une telle donation ne serait valable qu'autant que l'acte affecterait spécialement des immeubles à la sûreté hypothécaire de cette somme (3). Mais l'erreur était palpable, et ce jurisconsulte l'a plus tard rétractée. L'existence d'un droit ne dépend pas des garanties et des sûretés qui en assurent l'exécution ; il n'y en a pas moins transmission de la propriété au donataire (4); il n'y a pas moins une créance actuelle, et le prin-

(1) Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 3, § 4, n°s 4 et 5. *Infra* n° 1208.

(2) Ce point est nettement établi par les arrêts ci-dessus cités (note sous le n° 73), de la cour de Limoges du 18 juin 1859 et de la cour de cassation, chambre des requêtes, 7 mars 1860, lesquels ont décidé, en se fondant sur le principe du dessaissement actuel et de l'irrévocabilité, qu'entre deux donations successives de sommes payables au décès du donateur, la première en date doit, en cas d'insuffisance des biens, être acquittée par préférence à la seconde, celle-ci fût-elle accompagnée d'une affectation hypothécaire.

(3) Voy. encore en ce sens MM. Vazeille, art. 943, n° 2 et 3 ; Tessier, de la dot, t. I, p. 57; Taulier, t. IV, p. 81; Championnière et Rigaud, *Droits d'enreg.*, t. IV, n° 2798. Voy. aussi, Bourges, 1er juin 1829 (Devill., 29 2, 255); Besançon, 15 mai 1854 (Devill., 56, 2, 161).

(4) Cassat., 8 juillet 1822 (Devill., 7. 1. 107).

cipe vivant d'une action. Il n'en faut pas davantage pour que la donation soit d'un bien présent (1).

1202. On a demandé si cette donation pouvait s'exécuter sur les biens acquis par le donateur après la donation, et quelques auteurs ont pensé que la règle posée par notre article s'oppose à ce que le donataire attaque des biens que le donateur ne possédait pas au temps de la donation (2).

J'avoue que je ne comprends pas ces scrupules. Le donateur n'a pas donné telle ou telle chose sur laquelle la donation s'exécute; il a donné une somme d'argent; il a constitué une obligation actuelle : or, qui s'oblige, oblige le sien. Il a créé une action contre lui : donc, le patrimoine tout entier du débiteur est affecté à sa libération.

On opposerait vainement un arrêt de la cour de cassation du 31 mars 1824 (3). Cette décision est intervenue dans des circonstances toutes particulières. Il s'agissait de l'exercice d'une action hypothécaire que le donataire prétendait exercer sur des tiers détenteurs, à raison de biens acquis après la donation.

1203. Ce n'est pas non plus une donation de biens à venir, si le donateur, en se réservant l'usufruit du bien qu'il donne, confère au donataire le fermage de l'année dans laquelle il viendra à décéder, quoique ce fermage ne soit pas

(1) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 134 et 135. Ferrières *sur Paris*, art. 274, n° 20, MM. Merlin, Rép. v° *Donation*, sect. 5, § 2 n° 9; Delvincourt, t. II, p. 490, note 4; Grenier, 3e édit. du tr. des donations, t. I, n° 7 *bis*; Duranton, t. VIII, n°s 28 et 458; Poujol, art. 943, n° 3; Coin-Delisle, art. 894, n° 31; Marcadé, *eod.*, n°s 2 et 3 et art. 943, n° 1 et 2; Saintespès-Lescot, t. III, n° 756; Demante, t. IV, p. 203, n° 85 *bis*; Aubry et Rau d'après Zachariæ, t. V, § 646, p. 417. V. aussi Paris, 27 déc. 1834 (Devill., 35, 2, 166); Bordeaux, 5 juillet 1839 (Devill., 40, 2, 103); Rej, 11 déc. 1844 (Devill., 45, 1, 97); Agen, 10 juin 1851 (Devill., 51, 2, 445). *Infra*, n° 1208.

(2) M. Grenier, n° 7. M. Coin-Delisle, n° 8.

(3) Dalloz, 5, 506.

échu au moment de son décès. La raison en est que par la donation de ces fermages, le donateur ne fait que donner au donataire une chose qui lui appartient de droit, puisqu'après la mort de lui, donateur, l'usufruit se consolide avec la propriété donnée au donataire (1).

1204. On ne trouvera pas davantage une donation de biens à venir, dans la libéralité qui consisterait à donner une chose sur laquelle on n'a qu'un droit conditionnel, un droit dépendant de l'accomplissement éventuel d'une condition casuelle ou mixte. C'est, en effet, une donation de l'action destinée à faire profiter le donataire de l'accomplissement de la condition, lequel accomplissement produira un effet rétroactif (2). Il y a là donation d'un bien présent, d'un droit acquis, d'une action existante.

1205. Au reste, nous allons avoir occasion de revenir là-dessus dans le commentaire de l'art. 944.

ARTICLE 944.

Toute donation entre-vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle.

SOMMAIRE.

1206. La disposition de l'art. 944 est l'application de la maxime : *Donner et retenir ne vaut.*

1207. Les conditions potestatives de la part de celui qui s'oblige, annulent l'obligation dans les matières ordinaires; *a fortiori* dans les donations.

(1) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731. Merlin, Répert., v° *Donation*. 5, 3, § 4, no 3. Questions de droit, v° *Donation*, § 4. Cassat., 25 pluviôse an III (Dalloz, 5, 504). Cassat., 14 floréal an XI (Dalloz, 5, 505). Cassat., 27 janvier 1819 (Dalloz, 12, 776).

(2) Furgole, *loc. cit.*

1208. Une donation d'une somme fixe à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès, doit-elle être annulée comme faite sous condition potestative?

1209. *Quid* d'une donation de tous les meubles qui se trouveront au décès du donateur?

1210. Renvoi.

1211. *Quid* de la donation faite sous condition qu'elle sera résoluble si le donataire se marie?

COMMENTAIRE.

1206. Notre article est une suite de la maxime « *donner et retenir ne vaut* » qui serait violée, si la loi permettait que le donateur imposât à la donation des conditions pleinement potestatives, et par lesquelles il lui serait loisible d'anéantir son don. Il faut, en effet, que, dès l'instant du don, le donateur soit tellement lié qu'il ne soit plus le maître de se repentir de sa donation. Il faut, de plus, que la donation soit irrévocable, et elle ne le serait pas si le donateur pouvait, par des moyens indirects, en priver le donataire.

1207. En général, les obligations sont nulles, lorsqu'elles sont contractées sous une condition potestative de celui qui s'oblige (1). Mais ce principe s'entend avec beaucoup plus de sévérité dans la matière des donations que dans les matières ordinaires. On y regarde comme dépendant de la seule volonté du donateur des conditions qui, dans les conventions telles que la vente, l'échange, le louage, la société, ne seraient pas regardées comme potestatives. Quand il s'agit de donations, une condition est jugée potestative quand elle viole la règle « *donner et retenir ne vaut.* » C'est là le *criterium* tout spécial auquel se rapportent ces sortes de questions (2).

(1) Art. 1174. Voy. art. 1170, la définition de la condition potestative.

(2) Arg. du n° 1197 *supra*. V. aussi les annotateurs de M. Zachariæ, t. II, p. 297.

1208. Ceci posé, arrivons à quelques exemples.

Une donation d'une somme fixe, à prendre sur les biens meubles et immeubles que le donateur laissera à son décès, doit-elle être annulée comme faite sous une condition qui dépend de la seule volonté du donateur? Cette question se lie à celle que nous avons examinée au n° 1200; elle est cependant différente.

« Cette question, dit Bergier sur Ricard, s'est présentée » plusieurs fois. Elle ne pouvait guère faire la matière d'un » problème sérieux. L'âme de la donation entre-vifs, ce » qui la constitue telle, c'est l'expropriation absolue et irré- » vocable du donateur. Il est vrai qu'on peut donner entre- » vifs, et renvoyer cependant après sa mort l'exécution de » la donation; mais, disait Cochin (1), il faut, en ce cas, » que le droit du donataire soit irrévocablement formé sur » tous les biens que le donateur possède pendant sa vie, et » que le donataire ne soit pas réduit à se venger sur les biens » qui se trouveront au jour du décès du donateur. Ces deux » espèces, qui d'abord paraissent avoir quelque connexité, » sont cependant essentiellement différentes : Je donne » 15,000 fr. sur tous mes biens, dont mon donataire ne » pourra se faire payer qu'après ma mort. Cette donation » est bonne, parce que tous les biens du donateur en sont » chargés, soit qu'il les ait encore au jour de son décès, soit » qu'il en ait disposé pendant sa vie. Toutes les dispositions » entre-vifs qu'il aura pu faire depuis la donation ne pour- » ront nuire au donataire. Son droit est irrévocablement » formé, quoique le payement soit suspendu. Mais je donne » 15,000 francs à prendre sur les biens que j'aurai au » jour de mon décès; cette donation est nulle, parce que le » droit du donataire étant limité aux biens que le donateur

(1) T. IV, p. 395.

» laissera au jour de sa mort, le donateur est maître de » disposer pendant sa vie, de vendre, engager, hypo- » théquer, tout ainsi que s'il n'avait pas précédemment » donné (1). »

1209. Que devrait-on décider d'une donation de tous les meubles qui se trouveront au décès du donateur?

La loi 16, D. *De donat.*, semble approuver cette disposition ; « *Sciant hæredes mei me vestem universam meam ac res* » *cæteras quascumque in diem mortis meæ mecum habui, illi* » *et libertis meis vivum donasse.* » Voilà l'espèce, et Ulpien la résout en ces termes : « *Dominium ad libertos benigna in-* » *terpretatione pertinere* (2). » Plusieurs arrêts, antérieurs à l'ordonnance de 1731, ont validé des donations de meubles qui existaient au jour du décès (3).

Mais cette jurisprudence n'est pas plus compatible avec le

(1) M. Merlin, Répert., v° *Donat.*, p. 90. La jurisprudence moderne est fixée dans le sens de la distinction indiquée par Bergier. D'une part, elle annule, comme constituant une donation à cause de mort, la disposition par laquelle le disposant donne une somme *à prendre sur la succession*, en ce qu'une telle disposition ne confère aucun droit actuel et ne permet au donataire d'exercer son droit qu'à la mort du donateur et seulement à la condition qu'il y aura un excédant de l'actif sur le passif. Cass. 16 mai 1855 (*J. P.*, 1855, t. II, p. 387). Rouen, 11 juillet et 20 décembre 1856 (*J. P.*, 1857, p. 1063). Paris, 14 juillet 1859 (*J. P.*, 60, p. 1205 ; Devill., 59, 2, 471). D'une autre part, elle maintient la disposition comme constituant une donation entre vifs toutes les fois qu'il n'est pas permis de douter que le donateur a voulu s'obliger, dès à présent, à rendre le donataire créancier à tout événement et différer seulement la livraison jusqu'à sa mort. V. Cassat. 22 avril 1817, 5 novembre 1839 (*J. P.*, 1839, t. II, p. 628). Riom, 25 février 1825. Rouen, 9 décembre 1825. Bourges, 1er juin 1829; Cass., 28 janvier 1839 (*J. P.*, 1839, t. 1, p. 128), 11 déc. 1844 (*J. P.*, 1845, t. I, p. 116). Toulouse, 24 mai 1855 (*J. P.*, 1855, t. II, p. 337). Riom, 12 novembre 1856 (*J. P.*, 1857, p. 757). On peut voir encore là-dessus un arrêt de la cour de cassation du 27 décembre 1859 (*J. P.*, 1860, p. 731), duquel il résulte qu'en cette matière, les juges du fond ont un droit souverain d'appréciation.

(2) Voy. aussi Favre, cap. 9, *versic. ult.*

(3) Louet, lettre *D*, somm. 10, et Brodeau. Servin, vol. 3, plaid. 21.

Code Napoléon, qu'elle ne l'était avec l'ordonnance de 1731.

En effet, des donations de cette espèce sont soumises à cette condition potestative, s'il y a des meubles; et il est évident que le donateur peut, par sa volonté, empêcher qu'il n'y en ait. Évidemment, on transformerait la donation entre-vifs en donation à cause de mort; il faut conserver le caractère différent de ces deux ordres de dispositions.

Quant à la loi 16, D. *De donat.*, les termes en sont tels que la donation semble faite le jour même de la mort, dans un moment où le donateur, se détachant de la vie, était plus préoccupé de confirmer sa libéralité que d'en paralyser les effets.

1210. Les articles 945 et 946 qui suivent contiennent des exemples de conditions potestatives produisant nullité des donations.

2111. La donation qui dépend de la condition « si le donateur se marie », est-elle nulle ? Par exemple : Pierre donne sa terre des Aulnois à son frère, à la condition que cette donation n'aura pas d'effet, si, lui, Pierre, vient à se marier.

Ou bien encore : Pierre, étant au moment de contracter mariage avec Françoise, veut gratifier un enfant que celle-ci a d'un premier mariage, et il donne à cet enfant 10,000 fr., en ajoutant comme condition : « Si je me marie avec Françoise ».

Dans le premier cas, l'annotateur de Ricard cite, d'après des notes de son auteur, un arrêt du parlement de Paris du 20 février 1668, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Talon, qui déclara la donation nulle (1). Il conserve cependant des doutes sur la question, et croit que la

(1) *Donat.*, p. 1, n° 1038.

solution a pu être déterminée par des circonstances particulières.

Pourtant, il n'est pas douteux qu'une telle condition laisse au donateur la liberté de révoquer la donation, et qu'elle l'infecte du vice de *donner* et *retenir*. Dans l'espèce posée, la condition de se marier est potestative (1); elle dépend de la volonté du disposant; la donation ne produit donc pas un véritable dessaisissement (2).

Le second cas n'est pas aussi clair. La condition y est formulée avec des circonstances qui la rendent mixte et non potestative. Car la condition de se marier est mixte, lorsque la personne à épouser est désignée; comme par exemple : Je vous donne 10,000 fr., à condition que ce don sera sans effet, si je me marie avec Titia (3). Or, en pareil cas, pourquoi la donation serait-elle nulle? Il ne dépend pas de la seule volonté du donateur d'annuler la donation en se mariant. Car il ne peut se marier d'une manière quelconque; il ne peut se marier qu'avec Titia. dont la volonté peut résister à la sienne et paralyser le mariage. Remarquez bien que notre article exige textuellement que l'exécution de la donation dépende de la seule volonté du donateur. Est-ce bien notre cas? Il serait difficile de le soutenir. Sans doute, quand la personne n'est pas désignée, on doit reconnaître que le mariage dépend de l'unique volonté du disposant; s'il n'épouse pas l'une, il épousera l'autre, et son libre arbitre pour faire évanouir la donation trouvera toujours moyen de se satisfaire. Mais il en est tout autrement quand la personne est désignée. Le disposant peut vouloir retirer ce qu'il a donné, sans que sa volonté suffise; il faut encore celle de Titia, et

(1) Art. 1170, C. Nap.
(2) *Junge* Ferrières *sur Paris*, art. 274, n° 4.
(3) *Supra*, n° 192.

celle-ci peut le refuser pour mari, et son refus empêcher la condition de se réaliser.

Nous ne dissimulons pas, cependant, qu'un arrêt de la cour d'Orléans paraît avoir proscrit cette distinction (1).

Une dame Choisant devant se marier avec un sieur Millet avait fait un don purement et simplement aux enfants que Millet avait d'un précédent mariage, en ajoutant que c'était en vue de son mariage, et à sa considération seule, qu'elle faisait cette libéralité. Le mariage avait eu lieu. La cour se fondant sur notre article, déclara le don nul, par la raison que la condition, « si je me marie », est potestative. Cet arrêt est bien sévère ; je pourrais même dire quelque chose de plus ; car la condition en question est mixte d'après les principes les mieux constatés, et notre article ne condamne pas les conditions mixtes ; il ne repousse que les conditions potestatives. Remarquez, en outre, qu'il s'agissait d'un mariage arrêté, et qui s'était réalisé. N'y aurait-il pas dans la cause des circonstances particulières que les notices ont laissé échapper ?

ARTICLE 945.

Elle sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devait y être annexé.

SOMMAIRE.

1212. Cette disposition est une application de la règle : *donner et retenir ne vaut.*

1213. Est nulle la donation dans laquelle a été imposée au donataire la charge de donner une somme déterminée à tous et chacun des domestiques que le donateur aurait à son décès.

(1) 17 janvier 1846 (Devill., 46, 2, 179). M. Grenier, n° 13. M. Delvincourt., t. II, p. 489. M. Duranton, t. VIII, n° 477. M. Vazeille, *des Donations*, 944, n° 3. V. M. Toullier, t. V, n°s 272, 273.

1214. Le donataire de tous les biens présents n'est pas assujetti de plein droit au payement des dettes.

1215. Il en est différemment du légataire.

1216. L'obligation de prendre fait et cause pour le donateur envers un tiers, ne réfléchit pas contre le donataire qui agit en éviction contre ce tiers pour des causes à lui propres.

1217. La charge ne peut excéder l'émolument, dans le cas où le donateur a imposé expressément au donataire l'obligation de payer les dettes.

1218. Il en est de même dans le cas des donations permises qui ont pour objet les biens présents et à venir.

1219. Opinion du président Favre sur la donation faite avec charge, lorsque la chose donnée a pour le donataire une valeur d'affection.

1220. *Quid* de la donation faite à la charge par le donateur d'accomplir le testament que pourra faire le donateur?

1221. *Quid* de la charge d'acquitter les frais funéraires du donateur?

COMMENTAIRE.

1212. Cet article est encore une conséquence du principe, « *donner et retenir ne vaut* ». Si le donateur pouvait obliger le donataire à payer ses dettes à venir, il s'ensuivrait qu'il pourrait créer de fantaisie des dettes qui absorberaient la donation.

« Il n'y a rien de plus contraire à l'irrévocabilité et à la » certitude nécessairement requises pour rendre valable une » donation entre-vifs, dit Ricard (1), que la liberté donnée » au donateur de pouvoir la réduire au néant par la création » d'autant de dettes qu'il lui plaira : cette disposition est » plutôt du ressort de la donation à cause de mort dont la » marque est lorsque le donateur ne veut pas quitter absolument la propriété de la chose donnée (2). »

(1) *Donat.*, p. 1, n° 1027.

(2) Voy. cependant un arrêt du 11 janvier 1586, dans Louet, lettre *D*, somm. 10. Mais il est antérieur à l'ord. de 1731.

Il faut donc que le donataire ne soit pas assujetti à des obligations futures, à des charges laissées à un futur contingent. Il ne saurait être astreint à payer d'autres dettes que celles qui étaient déjà contractées au moment de la donation, ou qui seraient exprimées dans l'acte de donation, ou dans l'état annexé.

1213. C'est en se conformant à ces idées que la cour de cassation a décidé que la charge imposée au donataire de donner une somme déterminée à tous et chacun des domestiques que le donateur aurait lors de son décès, emporte la nullité de la donation (1). Cet arrêt est dans les vrais principes ; car la condition à laquelle le donataire était soumis, était destructive de l'irrévocabilité de la donation (2).

1214. Pour parvenir à une intelligence plus complète de l'art. 945, il faut rappeler la manière dont les donataires sont tenus des dettes. Nous avons traité ce point avec développement dans notre commentaire de la *Vente* (3). Nous avons examiné la question au point de vue du droit romain et du droit nouveau, des principes et de la jurisprudence. Nous maintenons ici l'opinion seule juridique, seule conforme aux principes, à la logique et à la nature des choses, à savoir, que le donataire de tous les biens présents n'est pas tenu directement et personnellement des dettes existantes au jour de la donation, à moins qu'il n'en ait été chargé par une clause expresse (4), ou que l'intention de le grever ne résulte des paroles employées (5), ou même des circonstan-

(1) Arrêt du 17 thermidor an VII (Devill., 1, 1, 233).

(2) Voy. cependant M. Duranton, t. VIII, n° 483.

(3) T. I, n°s 449 et suiv., et *Hypot.*, n° 812.

(4) Montpellier, 3 avril 1833 (Dalloz, 34, 2, 40). Toulouse, 13 juillet 1839 (Dalloz, 40, 2, 37. Devill., 39, 2. 519).

(5) Toulouse, 29 juin 1836 (Dalloz. 38, 2, 81. Devill., 37, 2, 27).

ces (1). Par exemple, supposons qu'il ait été joint à la donation un état des dettes; évidemment on devrait dire que le donateur a voulu qu'il les payât (2). Mais, à part ces réserves expresses ou tacites, il est certain que le donataire, même de tous biens présents, n'est pas assujetti de plein droit au payement des dettes. C'est le donateur qui reste débiteur personnel; c'est contre lui que ses créanciers doivent agir. Ces derniers n'ont qu'un recours subsidiaire contre le donataire, dans le cas où, après la discussion des biens du donateur, ils acquièrent la preuve que la donation a fait fraude à leurs droits.

1215. C'est en cela que la condition des donataires est différente de celle des légataires. Nous avons expliqué, au lieu cité, les raisons décisives de cette différence. Un titre donné entre-vifs n'a pas nécessairement les mêmes effets qu'un titre donné à cause de mort. Nous ne répétons pas ici les considérations auxquelles nous nous sommes livré et auxquelles il faudra recourir.

1216. Du principe que le donataire n'est pas tenu personnellement, *ipso jure*, des dettes, il suit que l'obligation de prendre le fait et cause, à laquelle le donateur était tenu envers un tiers, ne réfléchit pas sur son donataire qui prétend évincer ce dernier pour des causes à lui propres.

Par exemple :

Primus vend à Secundus l'immeuble A, appartenant à Tertius. Quelque temps après, il donne ses biens présents à ce même Tertius.

Tertius, voulant rentrer dans la possession de son immeuble A, actionne Secundus en désistement. Secundus demande qu'il soit déclaré non recevable, en opposant la

(1) *Infra*, n° 2310.
(2) Cassat., 2 mars 1840 (Devill., 40, 1, 345. Dalloz, 40, 1, 152).

règle : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Y sera-t-il fondé ?

Non ! Tertius n'a contracté aucune obligation personnelle, et la donation ne lui en a imposé aucune, *ipso jure.* Rien ne l'assujettit, par conséquent, à prendre le fait et cause de Primus ; rien ne lui défend, par contre, de revendiquer son propre héritage, et il n'a pas de fin de non-recevoir à redouter. Seulement, si le donateur ne peut indemniser Secundus, celui-ci aura un recours utile, mais indirect, contre Tertius, pour recevoir les indemnités dont parle l'art. 1630 du Code Napoléon (1).

1217. Revenons au cas où la donation a imposé au donataire l'obligation de payer les dettes, et demandons-nous si la charge de ces dettes peut excéder l'émolument (2).

Tous les auteurs s'accordent à dire qu'il ne peut être tenu des dettes « *ultra rerum donatarum quantitatem* (3) ». Il serait en effet contradictoire de donner le titre de libéralité à une donation qui appauvrirait le donataire (4).

Nec obstat ce que nous avons enseigné ci-dessus (5) sur l'obligation du donataire de rester lié à la donation lorsque des charges expresses lui sont imposées. Nous n'avons voulu

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. I, n° 456. *Contra*, Bordeaux, 7 août 1834 (Devill., 35, 2, 35; Dalloz, 37, 2, 207).

(2) Voy. ce que nous disons *supra*, n° 365.

(3) Voët. *De donat.*, n° 20. Furgole sur l'art. 17 de l'ord. de 1731, p. 161. Ricard, p. 3. n° 1517. Il est, au surplus, certain qu'en cette matière, la volonté exprimée même implicitement par le donateur, doit avant tout être suivie. V. C. de cass., 13 novembre 1854 (Devill., 54, 1, 721). Il a été décidé que le donataire de tous biens présents n'est pas tenu de plein droit de la généralité des dettes du donateur existant lors de la donation, et que si l'acte de donation le charge seulement de certaines dettes dont il est fait état, il n'est tenu que des dettes ainsi déterminées. C. de Chambéry, 25 janvier 1861 (Devill., 61, 2, 222).

(4) *Supra*, n° 365.

(5) N° 69.

parler alors que des charges qui donnent à la donation un caractère de commerce, et c'est dans ces termes restreints et précis que nous avons posé la question. Mais ce caractère commutatif, intéressé de part et d'autre, n'appartient pas à l'obligation de payer les dettes, car étant une charge des biens, elles ne sont déléguées au donataire qu'à cause de ces mêmes biens. Celui-ci peut donc s'en exonérer en abandonnant les biens, et aucun préjudice n'est porté au donateur, qui n'est pas censé avoir voulu faire une spéculation, pour se décharger sur autrui de ses obligations naturelles(1).

1218. Doit-on rendre la même décision alors que la donation est des biens présents et à venir, dans le cas où il est permis d'en faire? L'action des créanciers, au lieu d'être pure personnelle, n'est-elle que *personalis in rem scripta* (2)? Nous examinerons dans notre commentaire des art. 1084 et 1085 cette question, qui est assez délicate à cause des rapports du donataire universel avec l'héritier contractuel (3).

1219. Malgré ces règles de droit, rien n'empêche que, par une convention, le donateur n'impose à celui qu'il gratifie quelque condition qui lui soit onéreuse. Si, d'après les circonstances, on aperçoit que la chose donnée et dont le prix était indéterminé, avait pour le donateur une valeur d'affection, en ce cas, le donataire qui a accepté la charge, doit s'imputer d'avoir estimé si haut la chose donnée. C'est ce que dit le président Favre (4) : « *Is cui datum est certa lege,* » *quæ faciat ut plus incommodi quam commodi ex donatione* » *sentiat, si donationem agnoverit, non potest resilire a con-* » *tractu. Potest hoc evenire, si forte donatio facta sit sub* » *onere dandi pecuniam quæ excedat rei donatæ valorem,*

(1) *Infra,* n° 2451.
(2) Furgole, *loc. cit.*
(3) *Infra,* n° 2416.
(4) Code, 8, 37, 4.

» *cum maluisset donatarius habere rem donatam. Sibi enim* » *imputare debet, cur rem donatam tanti existimaverit* (1). »

1220. Pour terminer le commentaire de l'art. 945, nous devons dire qu'on a autrefois agité la question de savoir si la donation faite à la charge par le donataire d'accomplir le testament que pourra faire le donateur est valable (2). On la décidait par l'affirmative, en donnant cette couleur que le donateur n'était plus maître d'épuiser par son testament la totalité de ses biens, et que s'il le faisait, ses dispositions seraient réductibles, *arbitrio boni viri*, ainsi qu'on peut le colliger de la loi 54. D. *Ad. S. C. Trebell.* Mais les arrêts qui l'ont ainsi décidé (3) sont antérieurs à l'ordonnance de 1731, et nous ne faisons pas de difficulté de nous ranger à l'avis de M. Grenier, qui pense que sous le régime de cette ordonnance, et sous le Code Napoléon, il serait impossible de décider ainsi. Les legs contenus dans le testament seraient évidemment des charges postérieures à la donation, et notre article ne permettrait pas que le donateur en fît la condition de sa libéralité. D'ailleurs, rien ne permettrait aujourd'hui de réduire des dispositions testamentaires, « *ad arbitrium* » *boni viri.* »

1221. Mais la charge d'acquitter les frais funéraires du donateur ne vicierait pas la donation, parce que ces frais sont évalués suivant la condition de la personne, et que, sous ce rapport, il y a une fixation connue lors de la donation.

(1) *Supra*, nos 365, 366.

(2) Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 10, n° 5. Coquille *sur Nivernais*, *Des donat.*, art. 3. Ricard, p. 1, no 1032. Boërius, quest. 244, n° 9. Dumoulin *sur Auvergne*, ch. 14, art. 20.

(3) Arrêt du 14 août 1574. Brodeau sur cet arrêt, lettre *D*, somm. 10, n° 5.

ARTICLE 946.

En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires.

SOMMAIRE.

1222. La disposition de cet article est encore une conséquence du principe : *donner et retenir ne vaut.*
1223. Coup d'œil sur l'ancien droit au sujet de la réserve de disposer faite par le donateur.
1224. Le Code a adopté ici la disposition prohibitive du droit coutumier.
1225. *Quid* s'il s'agissait d'une réserve éventuelle qui regardât un tiers et qui, par l'événement, ne pourrait plus avoir lieu ?
1226. Réfutation de l'opinion émise sur ce point par MM. Grenier et Toullier.

COMMENTAIRE.

1222. Notre article est emprunté à l'art. 16 de l'ordonnance de 1731. Il déclare que lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un effet, ou d'une somme fixe compris dans la donation, il n'y a pas de donation à cet égard, ainsi que le disait l'art. 274 de la Coutume de Paris ; c'est donner et retenir, lorsque le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée. C'est pourquoi, la loi veut que les héritiers reprennent la chose réservée, comme faisant partie de la succession du donateur, si toutefois ce dernier n'en avait pas disposé.

1223. Ces mots, *nonobstant toute stipulation contraire*,

ont pour but de trancher, comme l'avait fait l'art. 16 de l'ordonnance de 1731, une difficulté qu'avait prévue Ricard (1). Ce jurisconsulte se demandait ce qu'il fallait décider si le donateur avait dit : « qu'en cas qu'il mourût sans » avoir disposé de la somme réservée, il entendait qu'elle » fît partie de la donation. »

Ricard décidait que, dans les pays de coutume, lesquels exigeaient la tradition, cette stipulation ou clause ne pouvait pas rendre la donation valable, quant à la somme réservée, par la raison qu'il n'y avait pas de dessaisissement actuel et irrévocable. Quant aux pays de droit écrit, où la tradition, comme on sait, n'était pas requise, il pensait que la clause était valable, et que le donataire pouvait en profiter.

Mais l'exactitude de cette décision était fort contestable, quant aux pays de droit écrit; car il fallait, suivant les règles du droit romain, que la donation fût irrévocable, et qu'elle ne pût dépendre d'une condition purement potestative au donateur. Or, la clause de réserve est contraire à cette irrévocabilité, elle n'est nullement purgée par le correctif qu'en cas de non-disposition la chose appartiendra au donataire. Une pareille stipulation est vicieuse *ab initio*, et elle ne peut subsister.

1224. C'est avec grande raison que le Code Napoléon, qui n'exige plus de tradition, a néanmoins adopté la disposition du droit coutumier sur la matière qui nous occupe. Car la réserve de disposer, stipulée par le donateur, n'est pas seulement contraire à l'obligation de faire tradition; elle est encore contraire à l'irrévocabilité de la donation, et à la règle *donner et retenir ne vaut*.

1225. Suivant MM. Grenier (2) et Toullier (3), notre ar-

(1) P. 1, nos 1014, 1015, 1016.
(2) T. I, p. 149.
(3) T. V, p. 226.

ticle est susceptible de restriction, et il ne doit « s'entendre » que du cas d'une réserve absolue et indéfinie sur les » objets donnés. Mais s'il s'agissait d'une réserve éventuelle, » qui regardât un tiers, et qui par l'événement ne pourrait » plus avoir lieu, ni le donateur, ni ses héritiers ne pour- » raient s'en prévaloir contre le donataire pour demander » un retranchement sur la donation. » Par exemple, si la donation contenait la faculté de disposer de 20,000 fr. en faveur de l'épouse du donateur, pour le cas où il prédécéderait, et que l'épouse décédât avant le donateur, cette réserve serait éteinte au profit du donataire.

1226. Cette opinion de MM. Grenier et Toullier n'est pas admissible. La réserve de disposer produit les effets déterminés par notre article, qu'elle soit conditionnelle, ou qu'elle soit absolue.

Inutilement MM. Grenier et Toullier citent-ils un arrêt de la cour d'Aix (1). Cette cour ne s'est pas décidée par le motif dont MM. Grenier et Toullier ont cru devoir faire un principe. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une donation dans laquelle le donateur s'était réservé le droit de faire à sa veuve une rente viagère de 700 fr., dans le cas où elle survivrait. La cour considéra que la réserve d'établir une pension viagère n'était qu'une charge sur les fruits des biens donnés, que c'était une réserve du revenu et non du fonds, qui n'empêchait pas que la donation ne fût valable pour les biens donnés, de même qu'on peut donner une chose et en détacher l'usufruit soit à son profit, soit au profit d'un tiers. L'avocat remarqua que le donateur pouvait, par la donation même, assurer cette pension de 700 fr. à sa femme, sans entamer la propriété des choses données. Il est vrai, disait-il, qu'il ne s'est réservé que la faculté de le faire plus tard. Or, la

(1) 17 thermidor an XIII (Dalloz, 5, 405).

faculté de le faire ne saurait produire un effet différent de l'acte même. L'acte et la faculté ne portant point sur la nue propriété, qui est l'objet actuel de la donation, n'y font point exception. Le donateur ne retient rien de cette nue propriété qu'il transfère entière. Le domaine utile sur lequel il stipule, est à lui; il ne fait que reculer l'instant où il sera réuni au domaine direct.

Ces motifs sont excellents, tandis que la distinction de MM. Grenier et Toullier pourrait ouvrir la porte à de grands abus et occasionner une interprétation contraire au sens de l'art. 948.

ARTICLE 947.

Les quatre articles précédents ne s'appliquent pas aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre.

SOMMAIRE.

1227. Motifs de la disposition de l'art. 947.
1228. Suite.

COMMENTAIRE.

1227. Les art. 943, 944, 945, 946 ne s'appliquent pas aux donations faites, par contrat de mariage, aux époux ou enfants à naître du mariage, ni aux dispositions entre époux par contrat de mariage ou pendant le mariage.

Cette exception, déjà admise dans l'ancien droit, s'explique par les motifs suivants : c'est que les contrats de mariage sont susceptibles de clauses testamentaires et à cause de mort, et de stipulations qui, en raison de ce caractère, sont dispensées de la règle *donner et retenir ne vaut*. Ainsi l'on peut instituer un héritier par contrat de mariage : c'est ce qu'on appelle *institution contractuelle*, qui est une donation

irrévocable non des biens présents, mais des biens que le donateur laissera à son décès, ou autrement dit, de sa succession. Cette institution n'empêche pas le donateur de vendre, d'hypothéquer, d'aliéner à titre onéreux, de rendre ses biens responsables de ses dettes futures; car il ne s'engage qu'à donner sa succession. Il serait donc contraire à la nature de ce genre de dispositions d'empêcher le donateur de stipuler que le donataire sera chargé des dettes qu'il laissera à son décès, de se réserver la disposition d'un effet particulier de la donation, d'apposer des conditions potestatives à lui donateur; car toutes ces clauses sont de la nature des dispositions testamentaires, et par conséquent aptes à figurer dans les contrats de mariage. Ce qui a fait qu'on les a bannies des donations entre-vifs, c'est que ces dernières ne sont nullement susceptibles des clauses testamentaires ou à cause de mort (1).

1228. Partant de là, le Code Napoléon a dû excepter les donations faites par contrat de mariage des dispositions contenues dans les quatre articles précédents. Aussi verrons-nous, par l'art. 1086, que dans les donations faites par contrat de mariage, on peut insérer la condition de payer indistinctement toutes les dettes ou charges de la succession du donateur, ou telles autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, stipuler que le donateur se réserve la faculté de disposer de telle somme ou effet, etc. Alors la donation, quoique qualifiée entre-vifs et irrévocable, est une pure donation testamentaire, révocable par des moyens indirects; c'est une donation testamentaire contenue dans un acte entre-vifs : chose à la vérité exorbitante, mais que la faveur des mariages a permis d'introduire par des raisons

(1) Ricard, p. 1, nos 1055 et suiv. Brodeau *sur Louet*, lettre *D*, somm. 10, no 4. Voy. art. 17 et 18 de l'ord. de 1731, et Furgole sur ce texte.

d'intérêt public que tout le monde comprend, et pour des arrangements de famille que tout le monde doit respecter (1).

ARTICLE 948.

Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur, et du donataire, et de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation.

SOMMAIRE.

1229. Importance de l'art. 948.
1230. Cet article, du reste, n'est pas applicable aux donations dites *de main-chaude*.
1231. Pour les autres donations d'effets mobiliers, il faut, outre les formalités ordinaires, un état estimatif signé des parties et annexé à la minute.
1232. Motif de cette disposition.
1233. L'état dont il s'agit est inutile, si la description des meubles existe dans le corps même de la donation.
1234. L'exception faite par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, pour le cas où la tradition a lieu au moment de l'acte, n'a pas été admise par le Code.
1235. Le donateur qui aurait fait tradition des effets mobiliers pourrait aujourd'hui les réclamer, s'il n'y avait pas eu d'état estimatif. — *A fortiori*, si les effets mobiliers sont restés en sa possession, pourra-t-il se refuser à la délivrance.
1236. Les créanciers du donateur peuvent exercer le même droit que lui,
1237. Quand même ils seraient postérieurs à la donation.
1238. Durée de l'action en nullité.
1239. Peu importe la forme de l'état estimatif.
1240. L'estimation des meubles doit, autant que possible, être faite article par article.

(1) Furgole sur l'art. 17 de l'ord. de 1731. *Infra*, n° 2446.

1241. Les parties peuvent-elles se dispenser de l'état estimatif, en se référant à un état détaillé et estimatif renfermé dans un autre acte ?

1242. La confection de l'état doit être contemporaine de la donation.

1243. Ne sont pas soumises à la formalité de l'état descriptif les donations des choses qui sont immeubles par destination.

1244. Les choses incorporelles comprises dans les art. 529 et 530 doivent, lorsqu'elles font l'objet d'une donation, être soumises à un état estimatif.

1245. La signification faite au débiteur ne suffirait plus aujourd'hui pour dispenser d'un état estimatif la donation de rentes et de créances.

1246. Dans ce cas, la notification du titre est en outre exigée dans l'intérêt des tiers et des débiteurs.

1247. Inutilité de l'état estimatif lorsque le chiffre de la créance indique la valeur de la chose,

1248. Ou lorsque les énonciations de la donation sont suffisantes pour faire apprécier cette valeur.

1249. Arrêt de la cour d'Agen au sujet d'une donation d'effets négociables.

1250. La donation d'effets mobiliers, faite par contrat de mariage, n'est pas dispensée de l'état estimatif.

1251. Il en est de même des donations entre époux.

1252. Les donations, du reste, ne sont sujettes à l'état annexé qu'autant qu'elles ont trait à des meubles présents.

1253. L'art. 948 est-il applicable aux donations d'universalités de meubles ?

COMMENTAIRE.

1229. Notre article est une des dispositions les plus importantes de ce titre. Il prend des précautions nécessaires pour donner aux donations de meubles de la stabilité, pour les préserver du vice de *donner et retenir*, pour assurer les intérêts des héritiers et des tiers (1).

(1) *Supra*, n° 1068. MM. Merlin, Répert., v° *Donation*, sect. 5, § 1, art. 4, et sect. 2, § 7: Toullier, t. V, n° 180; Vazeille, *Des donations*, t. II, p. 301 et 302: Grenier, t. I, n° 169.

1230. Commençons, cependant, par dire qu'il n'est pas applicable aux donations mobilières de *main-chaude*, ou autrement dit aux donations de meubles qui se font avec tradition présente. On sait que ces donations se consomment par la tradition, qu'elles ne laissent pas de traces, et qu'elles constituent la plus absolue et la plus radicale des aliénations. Il serait donc contradictoire et illogique de les soumettre à des formalités extérieures destinées à les fortifier; car rien n'est plus fort qu'une aliénation de la main à la main, qui investit le possesseur au suprême degré. Il faut, ou rejeter entièrement ces sortes de donations, ou les admettre telles qu'elles sont et qu'elles valent par leur propre nature (1).

1231. Nous disons donc que notre article ne concerne que les donations mobilières et solennelles dont les parties rédigent un acte, conformément à l'art. 931. Alors, il ne suffit pas que cet acte soit fait dans la forme notariée, et qu'il contienne l'acceptation publique du donataire, ou que cette acceptation ait été postérieurement rédigée en forme authentique : il faut encore qu'il soit dressé un état estimatif des effets mobiliers qui font l'objet de la donation, que cet état soit signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour ce dernier, et qu'il soit annexé à la minute de la donation.

1232. Cette disposition de l'art. 948 est empruntée à l'art. 15 de l'ordonnance de 1731. Elle s'appuie sur les mêmes motifs, c'est-à-dire sur la nécessité de rendre la donation ferme et irrévocable (2). On a considéré que divers intérêts se trouvent engagés dans les donations de meubles, et qu'il est indispensable de les protéger.

Il y a d'abord l'intérêt de l'héritier à réserve; pour fixer

(1) *Supra*, nº 1041.

(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731. Ricard, p. 1, nºs 958 et suivants.

la quotité disponible, il faut savoir au juste ce qui en a été distrait par le donateur.

Il y a ensuite l'intérêt du donateur lui-même; car s'il y a eu tradition réelle, et qu'il y ait lieu ensuite à révocation, il est de la plus haute importance que la consistance de la donation soit précise. Il en est de même pour l'intérêt éventuel des héritiers à réserve dont il est le défenseur.

En troisième lieu, le donataire lui-même peut avoir intérêt à l'état estimatif; c'est ce qui est évident lorsque le donateur a fait réserve de l'usufruit et qu'il faut empêcher qu'il ne reste maître de diminuer l'importance de la donation.

En quatrième lieu, enfin, se présente l'intérêt des créanciers du donateur. Ils doivent savoir ce que ce dernier a distrait de sa fortune, afin de pouvoir distinguer les effets sur lesquels ils sont en droit d'exercer leurs moyens d'exécution.

1233. Quand la description des choses mobilières données se trouve dans le corps même de la donation, il serait inutile d'exiger un état descriptif. Cet état n'offrirait qu'une formalité vaine et illusoire qui multiplierait les écritures sans nécessité.

1234. Maintenant remarquons une chose :

En empruntant à l'ordonnance de 1731 la disposition dont nous parlons, notre article a été plus loin. En effet, l'art. 15 de l'ordonnance n'exigeait pas d'état estimatif lorsque la tradition des effets mobiliers avait été faite au moment même de la donation.

Le Code n'a pas admis cette distinction; elle fut rejetée lors de la discussion de l'art. 948. M. Tronchet, qui demanda ce rejet, fit observer que sans un état estimatif on ne parviendrait pas à fixer la légitime des enfants (1). La loi

(1) Fenet, t. XII, p. 373.

nouvelle exige donc qu'il y ait un état estimatif, soit qu'il y ait tradition ou non ; sans quoi, dit-elle, *la donation n'est pas valable*, mots bien autrement énergiques que ceux de l'ordonnance de 1731.

C'est en vain qu'on objecterait que la tradition transformerait la donation en don manuel (1). Un don manuel n'est pas celui qui est fait par acte écrit, et une telle objection n'est ni spécieuse, ni soutenable.

1235. Partant de cette différence importante, on ne pourrait plus juger, comme sous l'ordonnance de 1731, que le donateur qui aurait fait tradition des effets mobiliers, ne pourrait pas les réclamer, s'il n'y avait pas d'état estimatif (2). Cette décision était bonne à une époque où la tradition réelle tenait lieu de l'état descriptif. Mais aujourd'hui qu'il n'en est plus de même, et que la donation, quoique suivie de tradition, est nulle sans état estimatif, il est certain que le donateur pourrait se faire un moyen de cette nullité, d'autant qu'elle a été créée surtout dans l'intérêt de la légitime des enfants, et que par conséquent il ne dépendrait pas de lui de la couvrir.

A plus forte raison, le donateur peut demander la nullité, alors qu'il est resté en possession, et s'opposer par là à la délivrance. Il n'a pas aliéné dans la forme voulue par la loi; il n'est pas tenu de se dessaisir (3).

1236. Ses créanciers peuvent exercer le même droit que lui ; ils peuvent saisir les effets mobiliers restés en sa possession, et donnés sans aucun état estimatif valable. Ils sont fondés à dire que cette donation ne peut leur être opposée (4).

(1) M. Toullier, t. V, n° 180. Duranton, t. VIII, n° 405. Limoges, 13 juin 1859 (Devill., 59, 2, 657).

(2) Furgole sur l'art. 15.

(3) Liége, 12 prairial an XII (Devill., 1, 2, 197)

(4) Cassat., 17 mai 1848 (Devill., 48, 1, 434).

1237. Nous disons même que les créanciers postérieurs à la donation pourraient opposer la nullité (1). Leur droit se puise, non dans la date de leur titre, mais dans le vice de celui du donataire.

1238. L'action en nullité ne dure-t-elle que dix ans à partir du contrat? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Bordeaux du 26 janvier 1841 (2), qui a appliqué l'art. 1304 du Code Napoléon.

Les motifs de cet arrêt sont que, « d'après l'art. 1304 du » Code Napoléon, dans tous les cas où l'action en nullité ou » en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moin- » dre temps par une loi particulière, l'action dure dix ans; » que cette disposition est générale dans ses termes, et que » les nullités de forme, relatives aux actes de donation, ne » peuvent y faire exception. »

1239. La forme de l'état estimatif n'est pas nécessairement une forme solennelle. Elle peut être sous seing privé. Quand les parties savent signer, il suffit que l'état soit signé et paraphé par elles et qu'il reste annexé à la minute de l'acte. Ce n'est que lorsque les parties ne savent pas signer que l'état doit être fait dans la forme notariée (3). Le texte de notre article, d'accord avec l'article 15 de l'ordonnance de 1731, indique clairement que l'état estimatif peut être l'ouvrage des parties qui savent signer.

1240. Le détail des meubles doit être accompagné d'une estimation, non pas en bloc, mais, autant que possible, article par article (4). Cependant, comme il y a des choses qui ont une plus grande valeur par leur association que par leur

(1) Amiens, 11 juin 1814 (Devill., 4, 2, 392).

(2) Devill., 41, 2, 646.

(3) M. Grenier, n° 170. Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731.

(4) Bordeaux, 3 juin 1810 (Dalloz, 40, 2, 198). Cassat., 17 mai 1843. Cassation d'un arrêt d'Orléans (Devill., 48, 1, 434).

division (par exemple une collection de médailles), l'estimation en bloc pourrait, en pareil cas, être acceptée comme plus exacte que l'estimation article par article. Notez, pourtant, qu'afin d'établir l'identité des choses données, le détail des articles est toujours indispensable (1).

1241. La pratique a fait plusieurs fois surgir une question qui n'est pas sans importance : elle consiste à savoir si les parties peuvent se dispenser de l'état estimatif, en se référant à un état détaillé et estimatif déjà existant et renfermé dans un autre acte, tel, par exemple, qu'un inventaire antérieur et notarié.

L'affirmative l'a emporté dans la jurisprudence (2). Il semble, cependant, que la rédaction de l'état estimatif et son annexe soient deux choses requises par notre article, *per modum unius*, comme dit Furgole (3). Mais on peut répondre que l'annexe existe *per relationem*, puisque l'acte contient en lui la désignation nécessaire pour arriver de la manière la plus précise à la connaissance de la consistance de la donation. D'ailleurs, il ne faut pas porter à l'extrême le scrupule de la formalité, et ce serait se montrer trop sévère que d'être plus sévère que l'utilité des parties ne l'exige.

1242. Comme l'état descriptif et estimatif est ce qui donne de la fixité à la donation, il doit être contemporain de l'acte; il serait trop périlleux de le remettre à une époque plus ou moins éloignée, pendant laquelle les meubles pourraient disparaître. La donation manquerait, d'ailleurs, du dessaisissement actuel qui est nécessaire à sa validité (4).

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 80.

(2) Cassat., 11 juillet 1831 (Rejet) (Dalloz, 31, 1, 225). Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, 29, 2, 84). *Contra*, Riom, 22 janvier 1825 (Devill., 8, 2); Limoges, 13 juin 1859 (Devill., 59, 2, 657)

(3) Sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 138, 139.

(4) M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 81.

1243. Maintenant, voyons de plus près quelles sont les donations qu'on peut proprement appeler donations de meubles et auxquelles notre article est applicable.

Il est certain que les donations de choses qui sont immeubles par destination, ne sont pas soumises à la formalité de l'état descriptif (1). Ainsi, si je donne à Pierre ma ferme des Coudres, il ne sera pas nécessaire d'y joindre un état estimatif des choses qui y sont attachées à perpétuelle demeure. Car ces choses sont immeubles par fiction de la loi ; elles font partie de l'immeuble et du fonds sur lequel elles sont placées, et, comme lui, elles sont susceptibles d'hypothèque (art. 2118 C. N.) (2).

Mais si cet état n'est pas nécessaire pour les meubles réputés immeubles, il peut être utile lorsqu'il y a réserve d'usufruit, afin de constater plus facilement la valeur des objets qui pourraient manquer lors de la fin de l'usufruit.

1244. Lorsque la donation consiste en choses incorporelles, telles que rentes, créances, actions sur des tiers, elle doit être accompagnée d'un état estimatif (3); car ces choses sont meubles aux termes des art. 529 et 530 du Code Napoléon. Ici les précautions sont multipliées : on sait, en effet, que, d'après l'art. 1690 du Code Napoléon, le donataire, pour être saisi à l'égard des tiers, est tenu de notifier son titre aux débiteurs des rentes et créances et droits. Il y a donc deux choses distinctes : l'état estimatif et la notification ; l'une ne dispense pas de l'autre ; chacune pourvoit à des nécessi-

(1) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731.

(2) Aix, 17 thermidor an XIII (Devill., 2, 2, 80). Angers, 8 avril 1808 (*Ibid.*, 375) Riom, 22 janv. 1825 (*Ibid.*, 8, 2, 13).

(3) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731. Ricard, n° 965. Limoges, 28 novembre 1826 (Dalloz, 29, 2, 84). Bordeaux, 6 août 1834 (Dalloz, 35, 2 46. Devill., 35, 2, 61); et autre de la même cour de Bordeaux, à la même date du 6 août 1834 (Dalloz, 35, 2, 33). Limoges, 13 juin 1859 (Devill., 59, 2, 657).

tés spéciales. L'état estimatif complète la donation et rend le titre parfait entre le donateur et le donataire par l'assurance et la fixité qu'il communique à l'acte de libéralité. Quant à la signification aux débiteurs des rentes, créances et droits, son but est de saisir le donataire à l'égard des tiers.

1245. Nous ferons remarquer, du reste, que sous l'empire de l'ordonnance de 1731, la signification au débiteur suffisait pour opérer la perfection de la donation, sans qu'il fût besoin d'un état estimatif (1). La raison de cette jurisprudence se puisait dans le système même de l'ordonnance, qui n'exigeait l'état estimatif que lorsqu'il n'y avait pas de tradition réelle. Il ne serait plus possible de le décider ainsi aujourd'hui. Car la tradition réelle n'empêche pas que l'état estimatif ne soit nécessairement annexé à la donation, pour en établir la consistance.

1246. Je disais, tout à l'heure, que la notification est tout entière dans l'intérêt des tiers et des débiteurs, puisqu'à leur égard ce n'est que par la notification du transport, que le cessionnaire est saisi. Mais le donateur et ses héritiers sont liés par la donation seule accompagnée de l'état estimatif, nonobstant le défaut de notification.

Ricard, si souvent fautif, était d'avis que le défaut de notification entraîne une nullité absolue de nature à être opposée, même par le donateur (2). Mais Cochin a soutenu avec force l'autre opinion (3), qui est bien meilleure, surtout d'après la contexture de l'art. 1690 (4). Il est évident que la donation, non notifiée, ne périclite qu'à l'égard du débiteur qui aurait payé, ou des créanciers qui auraient fait saisir.

1247. Dans la plupart des cas, il arrivera même que l'esti-

(1) Furgole, *loc. cit.*, p. 138. Ricard, *loc. cit.*
(2) N° 965.
(3) 81e consult.
(4) Grenier, t. II, n° 174.

mation ne sera pas nécessaire ; car le chiffre de la créance sera ordinairement l'indication de la valeur de la chose (1).

Bien plus, et quelle que soit l'utilité de l'état estimatif lui-même, la donation en est affranchie, lorsqu'elle a pour objet des droits et actions qui, bien que certains en eux-mêmes, dépendent, quant à leur étendue et à leur émolument, d'une liquidation ultérieure. On peut citer pour exemple les droits appartenant à une femme dans une communauté, non encore ouverte ni liquidée. Il n'est pas possible de déterminer d'avance ce que ces droits seront à la dissolution du mariage, les reprises et indemnités étant subordonnées à la marche de la communauté pendant le mariage, et ne pouvant être précisées que par le partage et la liquidation. C'est ce qu'a jugé la cour de Bordeaux, par arrêt du 19 juillet 1853, dans une espèce où une mère avait fait donation à sa fille de ses droits, indemnités et reprises dans sa communauté. Il a été décidé qu'exiger, en pareil cas, un état estimatif, ce serait exiger l'impossible, et qu'après tout, le partage et la liquidation, d'accord avec le contrat de mariage, étaient suffisants pour offrir toutes les garanties de fixité et de stabilité (2).

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 173.

(2) Cet arrêt se trouve dans la *Gazette des Tribunaux* du 1er novembre 1853. En voici le texte :

« Attendu qu'en exigeant que la donation d'effets mobiliers fût accompagnée d'un état estimatif annexé à la minute de l'acte, l'art. 948 du Code Napoléon s'est proposé un double objet : 1° et principalement, rendre la donation ferme et stable, en faisant constater l'espèce et la valeur des objets donnés ; 2° assurer, par cette même précaution, l'exercice de tous les droits auxquels elle pourrait éventuellement donner ouverture ;

» Attendu qu'en principe cette règle s'étend aux donations de meubles incorporels, comme à celles de meubles corporels ; qu'il ne suffirait pas, en effet, que le donateur déclarât donner tout ou partie de ses actions ou de ses créances, s'il n'indiquait en même temps les titres sur lesquels elles reposent, parce qu'une telle donation n'aurait rien de fixe et d'assuré ;

1248. Il y a une autre réflexion à faire : c'est que la désignation des titres cédés par la date, le nom des débiteurs, le chiffre des sommes dues, est par elle-même, quand on la trouve dans le corps de la donation, l'équivalent de l'état descriptif, et dispense, en pareille circonstance, d'une formalité qui ne serait qu'un double emploi.

Il en est de même dans le cas suivant : Je vous donne 15 billets de banque de 1,000 francs,—ou 25 actions du chemin

» Mais qu'il en est autrement, d'après la nature même des choses, lorsque la donation a pour objet des droits actuellement certains et invariables en eux-mêmes, mais dont l'étendue et l'émolument ne peuvent être déterminés qu'au moyen d'une liquidation ultérieure, comme les droits qui peuvent appartenir au donateur dans une communauté ou une succession ; qu'à l'égard des droits de cette nature, il serait, dans bien des cas, impossible de joindre à la donation l'état exigé par l'art. 948; mais que, d'une part, il ne dépend pas du donateur d'en diminuer l'émolument, et que, de l'autre, cet émolument sera fixé dans l'intérêt de toutes les parties par la liquidation et le partage auxquels il doit être ultérieurement procédé ; que c'est assez pour sauvegarder tous les intérêts ; qu'exiger en pareil cas un état estimatif, ce serait prêter à la loi un rigorisme qui n'est pas dans son esprit, lier les mains au donateur, et gêner, sans utilité réelle, la libre disposition de ces sortes de biens : ce qui n'a pu entrer dans la pensée du législateur ;

» Attendu que l'acte du 18 février 1847 contient donation par la veuve Thibaud à la dame Bouhier, sa fille, d'abord d'une certaine quantité de meubles dont un état estimatif détaillé est annexé à la minute, puis de tous ses droits résultant de reprises, indemnités et récompenses sur la communauté ou contre son mari, sans qu'aucun état fasse connaître l'étendue des droits dont il s'agit ; mais qu'en ce qui concerne les reprises, elles sont établies, soit par le contrat de mariage de la donatrice, soit par des actes de famille connus de toutes les parties et auxquels il est aisé de recourir ; que, quant aux indemnités et récompenses, elles ne pouvaient être déterminées que par la liquidation de la communauté, mais que les unes comme les autres demeuraient immédiatement acquises à la donataire, sans qu'il dépendît de la donatrice d'en changer l'émolument, ni qu'elles pussent être dissimulées au sieur Thibaud fils, seule partie qui eût ou pût avoir intérêt à les connaître ; qu'ainsi il n'était porté aucune atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations, ni aux droits éventuels que l'art. 948 a voulu protéger.

» Par ces motifs,

» La cour met l'appel au néant. »

de fer d'Orléans. A quoi servirait l'état ? L'énonciation des choses données n'en tient-elle pas pleinement lieu ?

1249. Enfin, pour aller plus loin, on pourra décider, comme l'a fait la cour d'Agen (1), qu'une donation d'effets négociables, sans autre désignation, n'a pas besoin de l'état à annexer, lorsqu'il résulte des circonstances que la donation porte moins sur ces effets que sur la somme d'argent dont ils sont la représentation et le moyen de recouvrement, et lorsque surtout les effets ont été transmis par la voie de l'endossement; au donataire (2). Par exemple : Je vous donne 10,000 francs en effets négociables à six mois, que je passe à votre ordre, et que vous passez immédiatement à l'ordre d'un autre à titre de prêt. Evidemment, j'ai voulu vous donner surtout une somme d'argent, pour que vous pussiez la faire valoir sur-le-champ au moyen de la négociation en question. D'ailleurs l'endossement est un moyen de transmission parfaitement efficace, indépendamment de la donation, qui ne peut qu'en expliquer la vraie cause. C'est une donation sous forme de contrat onéreux (3).

1250. Les donations par contrat de mariage ne sont pas dispensées de l'état estimatif. L'art. 957 les dispense de l'observation des art. 943 à 946, mais non de l'observation de l'art. 948 (4).

1251. Il en est de même des donations entre époux (5). Vainement dirait-on qu'elles sont révocables. L'irrévocabilité de la donation n'est pas le seul motif qui ait fait introduire

(1) 31 mai 1837 (Dalloz, 38, 2, 228).

(2) *Supra*, nos 1057, 1058.

(3) *Supra, loc. cit.* M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 85.

(4) *Infra.* nos 2341 et 2444.

(5) Cassat., 16 juillet 1817. Toullier, t. V, no 917. M. Coin-Delisle, no 12. Grenier, no 459 *bis*. *Contra*, M. Duranton, t. VIII, no 410.

la nécessité de l'état estimatif. Il y en a d'autres, non moins sérieux, qu'il ne faut pas oublier.

1252. Bien entendu, cependant, que ces donations ne sont sujettes à l'état annexé, qu'autant qu'elles ont trait à des meubles présents. Mais si ce sont des donations de biens présents et à venir, l'article 948 n'est pas applicable (1) ; car le trait dominant de ces donations est de former, *a priori*, un bloc de la fortune du disposant, pour que cette masse tombe dans la main du donataire telle qu'elle sera au décès du donateur. Ceci serait surtout évident, si la donation de tous biens présents et à venir était faite avec la clause expresse que le donataire prendra les biens dans l'état où ils seront au jour du décès, et payera les dettes (2). La raison de cette exception est que, dans ces sortes de donations, on n'applique pas la règle « *donner et retenir ne vaut,* » et que l'incertitude des biens n'y est pas à considérer, parce qu'elles ont un certain caractère qui les rapproche de l'institution contractuelle (3).

1253. On a soutenu que l'art. 948 n'est pas fait pour les donations d'universalités de meubles présents (4). Cette opinion n'est pas fondée. Déjà Furgole l'avait proscrite sous l'ordonnance de 1731. « Ces paroles doivent être entendues, » disait-il, soit que la donation contienne une universalité » de meubles, ou bien des meubles d'une certaine es- » pèce (5). » La raison est la même pour les donations de tous meubles que pour les donations de meubles parti-

(1) *Infra*, n° 2444.
(2) Riom, 5 décembre 1825 (Dalloz, 27, 2, 112). Grenier, n° 435.
(3) *Infra*, n° 2434.
(4) M. Duranton, t. VIII, n° 412.
(5) Sur l'art. 15.

culiers. Le donateur ne pourrait-il pas détourner des meubles, et donner et retenir (1)?

Article 949.

Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés.

SOMMAIRE.

1254. La disposition de l'art. 949 n'a rien de contraire à la règle : *donner et retenir ne vaut.*

1255. Le donateur peut retenir l'usufruit pour lui ou pour un tiers.

1256. Le donateur qui s'est réservé l'usufruit n'est pas astreint à la caution de l'art. 601.

1257. Serait-il tenu de faire dresser un état des immeubles réservés, en conformité de l'art. 600 ?

COMMENTAIRE.

1254. Notre article, en permettant au donateur de se réserver l'usufruit des choses données, ne viole pas la règle « *donner et retenir ne vaut.* » Car le don de la propriété n'en est pas moins plein et entier, malgré cette séparation de la jouissance. La plupart des coutumes regardaient même comme une tradition feinte la réserve d'usufruit, puisque celui qui ne jouit plus qu'à titre d'usufruitier cesse d'être propriétaire (2), et que, lorsque le donateur usufruitier a cessé de vivre, l'usufruit se consolide avec la propriété.

(1) MM. Coin-Delisle sur l'art. 948; Marcadé sur *id.* Arrêt de la cour de cassat. du 16 juillet 1817 (Devill., 5, 1, 348).

(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ord. de 1731, p. 133. Dumoulin sur l'art. 161 de la *Cout. de Paris.* Ferrières sur l'art. 275 de la *Cout. de Paris*, portant : « Ce n'est donner et retenir quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, » retenu à soi l'usufruit, à vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitut » ou précaire : et vaut telle donation. »

1255. Ce n'est pas seulement pour lui que le donateur peut retenir l'usufruit. Il peut aussi le retenir pour un tiers (1).

1256. L'usufruitier est obligé, par l'art. 601 du Code Napoléon, à donner caution de jouir en bon père de famille. Mais il résulte du texte même de cet article, que cette obligation ne pèse pas sur le donateur qui s'est réservé l'usufruit ; ce qui a été établi, parce qu'il est probable que celui qui s'est porté a donner, ne cherchera pas, par des actes de mauvaise foi, à détériorer l'objet donné pendant sa jouissance.

1257. Le donateur usufruitier est-il astreint à faire dresser un état des immeubles réservés avant d'entrer en jouissance? L'art. 600 dit que l'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à usufruit, et cet article ne porte pas d'exception pour le donateur, comme l'art. 601. Je crois donc que le donataire pourrait exiger que cet état fût dressé, à moins que le donateur ne s'en fût fait dispenser par l'acte de donation.

ARTICLE 950.

Lorsque la donation d'effets mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui se trouveront en nature, dans l'état où ils seront ; et il aura action contre le donateur ou ses héritiers, pour raison des objets non existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été donnée dans l'état estimatif.

(1) Furgole, *loc. cit.*

SOMMAIRE.

1258. L'art. 950 confirme la règle écrite dans l'art. 589.
1259. Le donateur usufruitier supporte la perte des effets mobiliers dont il a été chargé par l'état estimatif;
1260. A moins qu'il ne prouve que la chose a péri par force majeure.

COMMENTAIRE.

1258. La première partie de notre article ne fait que confirmer le principe écrit dans l'art. 589 du Code Napoléon; la détérioration des effets mobiliers, donnés avec réserve d'usufruit, ne donne pas au donataire le droit d'exiger une indemnité.

1259. Quant à la perte des effets mobiliers, elle est au compte du donateur usufruitier, qui s'en est chargé par l'état estimatif. Il doit rendre tout ce qui est porté dans cet état; sans quoi il pourrait retenir ce qu'il a donné.

1260. Il n'y a qu'une exception : c'est lorsque la chose a péri par force majeure, et que le donateur ou ses héritiers en administrent la preuve (1).

ARTICLE 951.

Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants.

Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul.

SOMMAIRE.

1261. Le droit de retour conventionnel n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

(1) MM. Duranton, t. VIII, n° 470; Coin-Delisle, n° 1; Marcadé sur l'art. 950.

1262. Différence entre le retour et la substitution.

1263. Dans l'ancienne jurisprudence, le droit de retour pouvait être stipulé au profit des héritiers du donateur.

1264. On voyait dans cette stipulation, non pas une substitution fidéicommissaire, mais simplement la transmission d'un droit conditionnel aux héritiers du défunt.

1265. Malgré l'abolition des substitutions, le droit de retour conventionnel continua de subsister.

1266. Mais le Code Napoléon a considéré la stipulation de retour au profit des héritiers du donateur comme une véritable substitution, et il l'a prohibée.

1267. Si néanmoins le donateur a stipulé le droit de retour pour lui et ses héritiers, la disposition sera-t-elle nulle pour le tout, ou la clause du retour aux héritiers devra-t-elle être réputée non écrite?

1268. *Quid* si le droit de retour a été réservé par le donateur au profit d'un tiers seul, sans parler de lui, donateur?

1269. *Quid* si le donateur a stipulé le droit de retour, non pas directement et exclusivement pour un tiers, mais pour lui et pour un tiers non héritier?

1270. Le droit de retour pourrait être subordonné à toute autre condition qu'à celle du prédécès du donataire, sans constituer pour cela une contravention à l'article 951.

1271. Pourrait-on stipuler que la chose donnée tera retour au donateur, s'il relève de telle maladie dont il est atteint?

1272. De l'événement de la condition qui donne lieu au retour. — *Quid* de la mort civile?

1273. L'adoption faite par le donataire serait-elle l'équipollent de la naissance, pour empêcher l'exercice du droit de retour?

1274. *Quid* de la reconnaissance d'un enfant naturel ?

1275. *Quid* si le donataire, étant mort, laisse des enfants qui décèdent eux-mêmes avant le donateur?

1276. Le droit de retour ne se présume pas.

1277. Du retour légal. — Renvoi.

1278. Transition.

COMMENTAIRE.

1261. Le Code Napoléon continue à préciser les conséquences de la règle : *donner et retenir ne vaut*, et dans

l'art. 951, il décide que le droit de retour n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs. En effet, le donateur est bien obligé de préférer le donataire à soi-même; mais il n'est pas obligé de continuer son bienfait aux héritiers du donataire (1). Ici, le Code Napoléon n'a fait que se conformer aux anciens principes et à la droite raison dont ils sont l'expression : « *Si rerum tuarum proprietatem dono de-* » *disti, ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret,* » *donatio valet, cum etiam ad tempus certum, vel incertum,* » *ea fieri potest, lege scilicet quæ imposita est conservanda.*» Ainsi s'expriment les empereurs Dioclétien et Maximien, dans la loi 2, C., *De donat. quæ sub modo* (2).

C'est là ce qu'on appelle *retour conventionnel* ou *réversion conventionnelle*, parce que c'est une œuvre de la volonté des parties.

1262. Le retour n'a rien de commun avec la substitution. En effet, le retour n'a lieu que lorsque la chose revient au point d'où elle était partie, et rentre dans les mains de son premier propriétaire, telle que si elle n'en était jamais sortie. Le donataire, lorsqu'il décède, n'est pas chargé de rendre à une tierce personne gratifiée en second ordre. C'est le donateur qui reprend sa chose en vertu de la convention, lorsque celui qu'il avait voulu en gratifier cesse de pouvoir en profiter.

1263. Ce droit de retour inséré dans une donation constituant une clause résolutoire de la donation au profit du donateur, il semble que ce dernier puisse transmettre ce droit à ses héritiers, même sans stipulation expresse ; car il le laisse dans sa succession comme ses autres droits et actions. Dès lors, on peut croire, au premier aperçu que les hé-

(1) *Supra*, n° 34.
(2) Voy. Pothier, *Pand.*, t. III, p. 33, n° 2.

ritiers *qui personam defuncti sustinent*, en sont saisis aussitôt après sa mort, par la maxime : *le mort saisit le vif*. Il semble même que le donateur ait la faculté de transmettre ce même droit de retour à ses héritiers, quand même il serait conditionnel ; par exemple : Je donne à Titius ma maison Sempronia, et s'il vient à décéder sans enfants, ladite maison retournera à moi donateur. Car, si celui-ci venait à mourir avant Titius, ses successeurs pourraient exercer avec fondement le droit de retour, en soutenant que leur auteur a fait passer sur leur tête ce même droit, quoiqu'il fût soumis à une condition ; il est, en effet, de principe que dans les contrats, le créancier conditionnel, décédant avant l'époque de la condition, transmet son droit à son héritier, d'après la règle : *qui paciscitur, sibi hæredique suo pacisci intelligitur*.

Ces idées, puisées à la source même du droit (1), étaient soigneusement suivies dans l'ancienne jurisprudence. On y décidait que l'exercice du droit de retour avait lieu au profit des héritiers, quoique le donateur décédât avant le donataire. On considérait cette stipulation du même œil que toutes les autres, et elle ne concernait pas moins les héritiers du donateur que sa personne même (2). Partant de là, l'on conçoit aisément que le donateur pouvait valablement stipuler, dans l'ancienne législation, le droit de retour pour lui et ses héritiers ; s'il ne l'eût pas dit expressément, la loi l'eût dit pour lui.

1264. Dans cet ordre d'idées, on tenait même pour certain qu'il n'y avait pas d'assimilation à faire entre le droit de retour se prolongeant aux héritiers, et une véritable substitution fidéicommissaire. Car la substitution consistant dans la charge de rendre à un tiers gratifié en second ordre, il faut

(1) Pothier, *Obligat.*, n° 208.
(2) M. Merlin, Répert., v° *Réversion*.

au moins le concours de trois personnes différentes : l'une qui donne, la seconde qui reçoit avec charge de conserver et de rendre, la trosième qui est appelée pour recueillir après celle-ci. Dans l'hypothèse qui nous occupe, rien de tout cela. Deux personnes seulement jouent un rôle dans la stipulation, et une seule est gratifiée ; les héritiers ne sont point tierces personnes ; ils représentent le donateur et tirent leur droit *ex ipsius persona quam sustinent.* S'ils recueillent après la mort du donateur, ce n'est pas comme gratifiés en second ordre, c'est comme le représentant, et faisant ce qu'il aurait fait lui-même s'il eût vécu.

1265. Lorsque les substitutions furent abolies par la loi de 1792, on ne toucha pas au droit de retour, soit légal, soit conventionnel. L'art. 74 de la loi du 17 nivôse an II le maintint dans toute son intégrité et avec tous ses effets. On ne crut pas pouvoir résister à l'empire de ce raisonnement qui avait triomphé dans l'ancien droit : le droit de retour ne peut être assimilé à une véritable substitution, lorsque le donateur exerce lui-même ce droit ; ce n'est donc pas non plus une substitution, lorsqu'il est exercé par ses héritiers, qui ne sont avec lui que la même personne.

1266. Mais le Code Napoléon, plus en garde contre les substitutions que les législations qui l'avaient précédé, ne s'est point arrêté à ces distinctions ni à ces principes (1). A la vérité, il a permis le droit de retour dans le cas où, le donataire prédécédant, ce serait le donateur lui-même qui

(1) *Supra,* n° 162. Et il a été jugé, en effet, qu'il y a substitution, et non pas simplement legs conditionnel, dans la disposition par laquelle un legs est fait à un mineur, avec la clause que dans le cas où il viendrait à mourir sans enfants avant sa majorité, les biens qui lui seraient *entrés rentreraient à la succession du testateur.* Cass., 11 décembre 1860 (Devill., 61, 1, 185; Dalloz, 61, 1, 25). V. anal. dans le même sens, Cass., 13 août 1856 (Devill., 56, 1, 893; Dalloz, 57, 1, 24); Cass., 8 fév. 1854 (Dalloz, 54, 1, 59); Nîmes, 18 janvier 1858 (Dalloz, 58, 2, 155).

l'exercerait. Car, dans ce cas, l'œil le plus hostile eût-il pu voir une substitution ? Mais il l'a prohibé en faveur des héritiers, lorsque le donateur décéderait avant le donataire. Il lui a semblé que si alors il n'y avait pas substitution aux yeux des règles et de la loi, il y avait substitution quant aux effets ; que le donataire était dans le même cas que s'il eût été précisément chargé de conserver et de rendre ; qu'il ne pouvait aliéner les biens donnés, comme nous le verrons plus bas à l'article suivant ; qu'il était obligé de les conserver immobiles et inertes pour les donner, non pas aux héritiers de son choix, mais aux héritiers du donateur qui venaient l'en dépouiller, à peu près comme des substitués dont ils jouaient le rôle odieux ; qu'il s'établissait par là un nouvel ordre de succession contraire aux successions légitimes, et présentant les mêmes inconvénients que les substitutions fidéicommissaires. C'est d'après ces idées que, frappé d'une analogie dans les résultats avec ce qu'on avait voulu défendre dans l'art. 896, notre article a limité le droit de retour au cas où le donateur l'exercerait en personne, et par conséquent où le donataire le prédécéderait. Il ne veut pas que l'héritier puisse l'exercer à sa place, et désormais le pacte de retour est une stipulation purement personnelle, qui ne passe pas à l'héritier, qui est, comme le disait le tribun Jaubert (1), incommunicable et non transmissible. Tel est le sens et l'énergie de ces mots : « Ce droit ne pourra être » stipulé qu'au profit du donateur seul » (2).

(1) Fenet, t. XII, p. 600.

(2) Du reste, de ce que le droit de retour stipulé par les père et mère donateurs, dans le contrat de mariage de leurs enfants, pour les dots constituées à ceux-ci, n'est pas rappelé dans un partage anticipé qu'ils ont fait ultérieurement entre les enfants donataires, il n'en résulte pas renonciation de la part des père et mère à ce droit de retour. Du moins, l'arrêt qui le juge ainsi par interprétation des actes intervenus entre les parties ne viole aucune loi. Rej., 30 juillet 1860 (*J. Pal.* 1861, p. 281).

1267. Cependant, si, contrairement à cet article, un donateur venait à stipuler que la chose retournerait (dans le cas de décès du donataire sans enfants) à lui donateur ou à ses héritiers, cette disposition serait-elle nulle pour le tout, ou seulement la clause de retour aux héritiers devrait-elle être réputée non écrite? Cette question est controversée. Toutefois, elle ne nous paraît pas susceptible de grandes difficultés, d'après ce que nous avons dit ci-dessus (1).

Le Code a voulu, par l'art. 896, qu'une substitution, insérée dans un acte de libéralité, annulât la disposition pour le tout. C'est une rigueur particulière aux substitutions et exorbitante du droit commun, d'après lequel les conditions contraires aux lois sont, dans les actes gratuits, considérées comme non écrites. Mais de quel droit étendrait-on une peine prononcée contre les substitutions, à ce qui n'est pas substitution? On peut, sans doute, soutenir avec avantage que le droit de retour, stipulé au profit des héritiers du donateur, approche par quelque côté des effets des substitutions; mais on ne peut soutenir, sans confondre ce qu'il y a de plus distinct et obscurcir les idées les plus claires, que le droit de retour est une substitution. Il y aura toujours entre l'un et l'autre cette différence capitale, que dans le droit de retour l'héritier se présente comme représentant le donateur et comme exerçant un droit qui eût été forcément réversible sur lui, si une disposition de loi exceptionnelle ne l'en eût privé; tandis que le substitué n'est qu'un tiers qui exerce si peu les droits du donateur, que ce dernier, en faisant une institution et une substitution, a montré qu'il ne voulait conserver aucun de ces droits, qu'il voulait les abandonner tous. En un mot, dans le droit de retour, stipulé même au profit des héritiers, la chose donnée remonte vers

(1) *Supra*, nº 166, 167.

sa source; dans la substitution, elle s'en éloigne ; dans l'un, elle est censée rentrer dans la succession du donateur défunt, comme si elle n'en fût jamais sortie ; dans l'autre, elle passe dans un patrimoine étranger.

Qu'importe la ressemblance d'effets qu'on trouve entre le droit de retour et la substitution ? Est-ce par son résultat qu'on juge d'une disposition ? L'échange, par exemple, produit des effets semblables à ceux de la vente : l'un et l'autre font passer la chose échangée ou vendue dans les biens du nouveau possesseur. Mais s'avisa-t-on jamais d'étendre à l'échange ce que le droit a établi de particulier à la vente ? Si le but de l'un et de l'autre contrat est le même, les titres ne sont-ils pas différents ?

N'appliquons donc pas au droit de retour ce qui n'a été fait que pour la substitution, surtout lorsque nous le pouvons sans blesser la loi, et ce qui est mieux, en nous conformant à ses dispositions. » *Ea potius accipienda est significatio quæ vitio caret, præsertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit* (1). » L'art. 900 dit que les conditions contraires aux lois sont réputées non écrites. Si la condition de retour aux héritiers est imposée dans une donation, il faudra se borner à la retrancher sans toucher à la disposition principale. C'est une de ces conditions *quæ vitiantur et non vitiant* (2).

1268. Nous venons d'examiner le sort d'une disposition où le donateur aurait stipulé un droit de retour pour lui et

(1) L. 19, D., *De legib.*

(2) Cassat., 22 juin 1812 (Dalloz, 12, p. 201. Devill., 4, 1, 129). 11 frimaire an XIV (Dalloz, 12, p. 199 Devil., 2, 1, 187). 17 janvier 1809 (Dalloz, id. Devill., 3, 1, 8). 20 décembre 1825 (Dalloz, 26, 1, 92. Devill., 8, 1, 243). 3 juin 1823 (Dalloz, 12, 193. Devill., 7, 1, 257). 8 juin 1836 (Dalloz. 36, 1, 389. Devill., 36. 1, 463). Voy. aussi M. Merlin, Répert., v° *Dot*, p. 234, no 4. *Contra*, M. Grenier, t. I. n° 4. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Substitution fideic.*, § 4.

ses héritiers. Examinons maintenant le cas où ce droit aurait été réservé pour un tiers.

Deux hypothèses peuvent se présenter : la première est celle où le donateur stipule le droit de retour au profit d'un tiers seul, héritier ou non héritier, sans parler de lui, donateur. Par exemple, moi, Louise Blayac, je donne à Antoine Royère, ma terre de la Taudine, et au cas où le donataire viendrait à mourir sans enfants, je veux que la chose donnée retourne à François Blayac, donataire universel de tous les biens de Louise Blayac, par contrat de mariage passé le même jour.

La cour de Montpellier avait vu, dans cette disposition, un droit de retour. Mais son arrêt fut cassé au rapport de M. Chabot, le 22 juin 1812 (1). La cour de cassation considéra que c'était une véritable substitution prohibée, et qu'il était impossible de n'y voir qu'un simple droit de retour : car le retour signifie réversion à un précédent propriétaire, et ici Blayac n'avait jamais été propriétaire de la terre donnée. Louise Blayac, auteur de la donation, ne stipulait rien pour elle ; dans aucun cas, ce n'était pour elle que la chose devait sortir des mains de Royère. Il est à remarquer que Royère, était décédé du vivant de la donatrice, et par conséquent, il était d'autant plus évident que le droit de retour n'était qu'une vaine illusion ou un vain détour, et que le décès de Royère devait, dans la pensée de la donatrice, faire passer la chose directement à un tiers, dans l'intérêt de qui Royère était chargé de conserver et de rendre. On ne conçoit pas les scrupules des arrêtistes sur une décision aussi juridique. Elle se concilie à merveille avec les arrêts rappelés au numéro précédent (2).

(1) Devill., 4, 1, 129. M. Merlin, Répert., vo *Substitution fidéic.*, p. 126, 127.

(2) V. cependant un arrêt de la Cour de Rennes du 31 juillet 1858 (De-

1269. Le deuxième cas a lieu lorsque le donateur stipule le droit de retour, non pas directement et exclusivement pour un tiers, mais pour lui et pour un tiers non héritier. Ici, l'on rentre dans le cas du droit de retour véritable, sans mélange de substitution (1) ; c'est la condition prévue par notre article et déclarée par lui non écrite. Le donateur n'est pas seul dans la condition : c'est pourquoi elle ne doit pas, pour le tout, produire d'effets légaux. Car le retour n'est valable, d'après le Code Napoléon, qu'autant qu'il est stipulé au profit du donateur seul. Mais il y a cette différence entre ce cas et le précédent, que, dans celui-ci, le donateur n'était pas du tout dans la stipulation de retour : ce qui fait que la clause ne constitue pas le moins du monde un droit de retour ; au lieu que, dans le cas actuel, le retour est véritablement réservé : seulement, il est porté au delà de ses limites légales. Il faut l'y faire rentrer et le dégager de son exubérance. Je remarque encore ici que les arrêtistes n'ont pas bien saisi ces nuances.

1270. Maintenant, arrêtons notre pensée sur un point capital : c'est que le droit de retour dont parle notre article et qu'il autorise comme ne portant pas atteinte à la règle *donner et retenir ne vaut*, est celui qui dépend du précédès du donataire ou de ses héritiers ; c'est cette condition du précédès du donataire ou de ses héritiers qui est caractéristique du droit de réversion.

Que si le droit de retour était subordonnné à une autre condition, ce ne serait pas pour cela une contravention à l'art. 951 et à la règle : *donner et retenir ne vaut*. Les donations peuvent être conditionnelles, comme nous l'avons vu ci-dessus plus amplement.

vill., 59, 2, 491 ; J. Pal., 1860, p. 625), qui donne effet à une stipulation analogue à celle qui a été proscrite par l'arrêt de cassation du 22 juin 1812.

(1) Cassat., 3 juin 1823 (Devill., 7, 1, 257). M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. I, p. 332.

Ainsi, il pourrait être stipulé que la chose donnée fera retour si tel vaisseau arrive des Indes dans six mois.

1271. Mais pourrait-on stipuler que la chose donnée fera retour au donateur, s'il relève de telle maladie dont il est atteint? M. Grenier (1) s'est prononcé énergiquement pour la négative, prétendant que c'est là une donation à cause de mort, proscrite par le système du Code Napoléon. Mais cette opinion est erronée (2). Ou le donateur a voulu faire un dépôt, se convertissant ensuite en un legs (3), et comme nous l'avons démontré ailleurs, cette disposition est valable ;

Ou bien (ce qui est moins vraisemblable, sans être impossible) le donateur a voulu se dépouiller, transmettre la propriété, sauf à y rentrer lui-même, la condition arrivant, et pourquoi donc la condition de rétablissement du donateur serait-elle suspecte ? C'est une condition casuelle, qui n'enlève à la donation aucun de ses caractères essentiels.

1272. Il faut maintenant s'occuper de l'événement de la condition qui donne lieu au retour.

Et d'abord, avant la loi du 10 juillet 1854, la mort civile du donataire devait-elle équipoller à sa mort naturelle ?

Le plus grand nombre des auteurs se prononce pour le retour, assimilant la mort civile à la mort naturelle (4). Ordinairement, cependant, la mort civile n'est pas considérée comme équipollant à la mort naturelle, pour l'accomplissement des conditions. Mais ici, il y a un argument tiré de l'art. 25 du Code Napoléon, d'après lequel la succession du mort civil s'ouvre au profit de ses héritiers, de même que s'il fût mort naturellement. Or, il est évident que si la mort

(1) M. Grenier, t. I, n° 10. *Contra*, M. Bayle-Mouillard, p. 294, 295.

(2) Dalloz, t. V, p. 486, n° 14. M. Delvincourt, t. II, p. 273.

(3) N°s 42 et 1044.

(4) M. Merlin, Répert., v° *Mort civile*, t. XVII, p. 160. M. Grenier, t. I, n° 39. M. Toullier, t. V, n° 291. — *Contra*, M. Duranton, t. VIII, n° 490.

civile ne donnait pas ouverture au retour, il ariverait que les héritiers du donataire auraient la chose, quoique le donateur ait voulu l'avoir si le donataire ne l'avait pas.

Dira-t-on que, d'après l'art. 1982, la mort civile n'atteint pas la rente viagère ? Il est vrai ! Mais il n'y pas ici d'analogie possible. En matière de rente viagère, c'est la durée de la vie et non l'affection qui décide de tout : dans notre espèce, au contraire, l'affection est une considération des plus puissantes. Le donateur préfère le donataire à lui-même ; mais préfère-t-il les héritiers de ce dernier ? Non ! et néanmoins, en n'ayant pas égard à la mort civile, on troublerait ces degrès d'affection qui ont été la cause impulsive de la donation.

1273. Voici une autre question.

Quand le donateur a stipulé le droit de retour dans le cas de prédécès du donataire sans enfants, l'adoption que le donataire aurait faite n'apporte pas d'obstacle au retour (1). L'adoption n'est pas l'équipollent de la naissance ; car le contrat n'a entendu parler que de la filiation naturelle et non d'une filiation fictive, conventionnelle, provenant du choix du donataire. Il ne saurait dépendre du fait potestatif du donataire de faire évanouir un droit stipulé par la donation et acquis au donateur.

Cela serait vrai lors même que le donateur, en qualité d'époux, aurait consenti à l'adoption (2).

1274. Mais que devrait-on décider de la reconnaissance d'un enfant naturel ? Il faut dire que la reconnaissance d'un enfant naturel, postérieure à la donation, ne ferait pas obstacle au retour. Le fait potestatif de la reconnaissance ne saurait changer, par la volonté d'un seul, les conditions origi-

(1) Cassat., 27 juin 1822 (Dalloz, 1, 311. Devill., 7, 1. 102). Grenier, *De l'adoption*, n° 37. Merlin, Quest. de droit, v° *Adoption*, § 6.

(2) Même arrêt.

naires du contrat. C'est une filiation naturelle et légitime que le donateur a eue en vue pour empêcher le retour, et non une filiation illégitime, qui peut-être est pour lui un sujet d'affliction (1).

Il n'en pourrait être autrement qu'autant que la reconnaissance serait antérieure à la donation, et que de plus elle aurait été connue et approuvée du donateur, de sorte que ce dernier aurait vu dans l'enfant un membre de la famille ayant droit à son affection.

1275. Quand la donation a stipulé le droit de retour dans le cas où le donataire prédécéderait sans enfants, le retour devient impossible si le donataire meurt avant le donateur en laissant des enfants, alors même que ces enfants viendraient à mourir du vivant du donateur (2).

Pour qu'il n'en fût pas ainsi, il faudrait qu'il eût été dit, dans la donation, que le prédécès du donataire et des enfants du donataire serait la condition du retour.

1276. Le droit de retour ne se suppose pas : il n'est pas de la nature de la donation; il est une exception au principe de son irrévocabilité, il doit être stipulé positivement.

On a soutenu quelquefois que le droit de retour est implicitement renfermé dans la donation en avancement d'hoirie (3). Mais cette thèse n'est pas soutenable. L'avancement d'hoirie donne lieu au rapport, mais non au retour (4).

1277. Outre le retour conventionnel prévu par notre article, il y a le retour légal établi par l'art. 747 du Code Na-

(1) Arg. d'un arrêt de cassat. du 3 juill. 1832 (Dalloz, 32, 1, 295). Toullier, t. V, n° 303. Delvincourt, t. II, p. 290.

(2) M. Grenier, t. I, n° 31.

(3) Montpellier, 19 novembre 1830 (Dalloz, 31, 2, 60).

(4) Montpellier, 4 décembre 1835 (Dalloz, 37, 2, 5). Voy. la table de M. A. Dalloz, v° *Retour conventionnel*, n° 21.

poléon. Nous sortirions de notre sujet en lui donnant autre chose qu'une simple mention.

1278. Les effets du droit de retour sont réglés par l'article suivant. Nous allons nous en occuper.

ARTICLE 952.

L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur francs et quittes de toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques.

SOMMAIRE.

1279. La condition du prédécès du donataire à laquelle est soumis le droit de retour est une condition résolutoire qui produit tous les effets de ce genre de condition.

1280. Il n'y a d'exception que dans le cas où la donation ayant été faite au mari par contrat de mariage, la femme a pris hypothèque légale sur les biens du mari.

1281. Cette hypothèque, toutefois, ne s'exerce que subsidiairement sur le bien donné.

1282. La discussion, dans ce cas, ne saurait se faire aux frais du donateur.

1283. Le donateur ne pourrait se prévaloir contre la femme mariée de ce qu'elle aurait laissé opérer la purge de son hypothèque légale.

COMMENTAIRE.

1279. Les explications que nous avons données sur l'article qui précède ont démontré que le retour prévu par l'art. 951 est soumis à une condition, celle du prédécès du donataire. Cette condition n'est pas du nombre des conditions suspensives : elle est résolutoire. Notre article lui donne le même effet qu'à toutes les autres conditions, à savoir d'agir rétroactivement au jour de la disposition, et de faire évanouir toutes les hypothèques, charges, aliénations que le possesseur a pu faire ou établir pendant la suspension de la condition. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Le donataire, grevé de la condition de retour, n'a eu qu'un droit limité sur la chose, donc il n'a pu la transmettre qu'avec la même charge et l'hypothéquer que sous une clause résolutoire semblable à celle qui lui était imposée (1). Il est donc clair que lorsque la condition arrive, le donateur doit recevoir la chose aussi libre qu'il l'avait donnée (article 1183 du Code Napoléon) (2).

1280. Un seul cas fait exception à cette règle : c'est lorsque le donateur, dans l'intention de favoriser un mariage, fait un don par contrat de mariage à un individu; on sait que par le contrat de mariage, la femme a hypothèque légale sur les biens du mari pour la sûreté de sa dot et des conventions matrimoniales. Cette hypothèque légale est une faveur accordée aux mariages et au patrimoine des épouses. Alors la loi suppose que le donateur, en s'associant aux conventions matrimoniales par des libéralités, a voulu faire tout ce qui était possible pour les rendre plus faciles, que dès lors il préfère à lui-même l'épouse du donataire. L'ar-

(1) *Supra*, n° 291.

(2) *Quid* de la prescription du tiers détenteur ? Voy. mon comm. de

ticle 952 veut donc que, malgré la clause, quand l'immeuble aura fait retour, l'hypothèque légale conserve son existence, même entre ses mains (1).

1281. Du reste, on aperçoit par notre texte, que cette hypothèque de la femme sur les biens donnés n'est que subsidiaire, et que le donateur n'en est tenu qu'autant que les biens de l'époux donataire ne suffisent pas.

1282. La discussion ne saurait se faire aux frais du donateur : il n'est pas obligé personnel, comme l'est une caution (2). La discussion préalable n'est pas pour lui un bénéfice : elle est un droit.

1283. On a soulevé ici la question de savoir si c'est à la femme de surveiller la conservation de son hypothèque sur les biens de son mari, de telle sorte que si elle en laisse opérer la purge, elle n'a plus d'action contre le donateur (argument de l'art. 2037).

Mais ceux qui, comme MM. Grenier (3), Delvincourt (4) et autres, résolvent ce point contre la femme, ne font pas attention qu'en sa qualité d'épouse elle est hors du droit commun, qu'elle est sous la dépendance de son époux, c'est-à-dire de celui-là même avec qui le donateur a contribué à l'associer, et que cette dépendance est en partie son ouvrage ; qu'il se mettrait, dès lors, en contradiction avec son propre bienfait, s'il excipait contre la femme, d'une inaction dont elle est moins responsable envers lui qu'envers tout autre ; inaction, du reste, que la loi explique par la supériorité maritale et par une sorte d'impossibilité morale qui

(1) Furgole ne partageait pas cette opinion, quest. 42 sur l'ord. de 1731, n° 57. Voy. MM. Grenier, t. I, n° 35 ; Paul Pont, *Priv. et hyp.* n° 519.

(2) Art. 2033, C. Nap. MM. Duranton, t. VIII, n° 494, et Bayle-Mouillard, t. I, p. 337.

(3) T. I, n° 37, et M. Bayle-Mouillard.

(4) M. Delvincourt, t. II, notes de la page 78.

est la base de tout le système des hypothèques légales. Après tout, le donateur a pu veiller à ce qu'inscription soit prise sur les biens du mari (art. 2194), et puisqu'il était en position de conserver l'hypothèque légale sur les biens du donataire, il n'est pas vraisemblable qu'il soit fondé à se prévaloir contre un créancier tel que la femme de l'inaction de celle-ci (1).

SECTION II.

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE 953.

La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants.

SOMMAIRE.

1284. De la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions et pour cause d'ingratitude.
1285. De la révocation pour cause de survenance d'enfants.
1286. De la révocation pour fraude faite aux créanciers. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1284. C'est pour maintenir avec fermeté la volonté des parties et la bonne foi dans les conventions, que la loi n'a pas permis qu'il pût être porté atteinte à une donation léga-

(1) M. Coin-Delisle, nº 4.

lement consommée. Mais le législateur aurait marché contre son but s'il eût permis que ce qu'il avait établi pour la justice servît de moyen pour favoriser la fraude, s'il eût consenti que le donataire se fît un droit de cette irrévocabilité pour oublier les devoirs de la reconnaissance auxquels la probité l'oblige envers son bienfaiteur et pour se jouer des conditions qui lui auraient été imposées. La clause résolutoire sous-entendue dans tous les contrats, pour inexécution des conditions, doit, à plus forte raison, avoir lieu dans une convention où le donataire reçoit les marques les plus incontestables de la bienveillance du donateur.

Il suit de là que le principe de l'irrévocabilité des donations doit nécessairement s'effacer dans le cas où le donataire n'exécuterait pas les conditions du pacte, et aussi dans celui où il se rendrait coupable d'une noire ingratitude. Il n'est certainement pas excessif, en pareil cas, de le priver de l'objet donné et de ce bienfait dont il s'est montré indigne.

1285. Il est un autre cas qui a frappé le législateur : c'est la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants. On a pensé qu'un homme qui n'avait pas d'enfants pouvait se porter à donner facilement ; mais que le patrimoine du père étant naturellement dévolu à ceux qui sont comme la continuation de lui-même, il se serait montré moins libéral, s'il eût eu des enfants au moment de la donation. Par ce motif de piété envers les enfants, on a jugé moral d'établir que toute donation faite par un homme sans enfants est réputée faite avec la condition résolutoire tacite de révocation s'il vient à avoir des enfants ultérieurement.

L'article 953 formule ces trois causes de révocation, et ne fait que renouveler l'ancienne législation, dont les dispositions étaient si sages sur ce point.

1286. Le code ne parle pas ici de la révocation pour fraude faite aux créanciers. C'est dans l'art. 1167 du Code

Napoléon qu'il s'en occupe. J'ai posé les principes à cet égard dans un rapport à la cour de cassation (chambre des requêtes), qui se trouve dans les recueils (1). Je me borne à y renvoyer, afin de ne pas allonger un travail déjà considérable.

Article 954.

Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même.

SOMMAIRE.

1287. Division.
1288. La résolution pour cause d'inexécution des conditions est de principe dans les contrats synallagmatiques.
1289. Il faut toutefois, dans la donation, que le donateur ou un tiers ait intérêt à l'exécution des conditions.
1290. *Quid* si le fait imposé au donataire est impossible? — Distinctions à faire.
1291. Suite.
1292. Suite.
1293. Suite.
1294. Suite.
1295. La révocation de la donation n'a pas lieu de plein droit; elle doit être demandée en justice après une mise en demeure restée infructueuse.
1296. Il peut être stipulé que la seule échéance du terme suffira pour opérer la mise en demeure.

(1) Cassat., 2 janvier 1843 (Devill., 43, 1, 115 et suiv.)

1297. S'il n'y a pas stipulation expresse, il faut une sommation.

1298. *Quid* si la chose faisant charge, et qui était possible lors du contrat, est devenue impossible par la suite? — Distinction.

1299. Par suite de la résolution, la chose donnée rentre libre entre les mains du donateur. — Renvoi quant à la restitution des fruits perçus.

1300. L'action en révocation pour cause d'inexécution peut être exercée par les héritiers du donateur.

1301. Les tiers détenteurs sont soumis à l'action en restitution.

1302. Le donateur qui a une action réelle n'a point de privilége sur la chose donnée. — Conséquence.

1303. De la prescription de l'action en résolution. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1287. Pour bien éclaircir les difficultés de cet article, il convient d'examiner trois points importants :

1° La nature de l'obligation dont l'inexécution peut faire résoudre la donation;

2° Quand il y a lieu à demander cette révocation;

3° Quels effets elle produit (1).

1288. D'abord, pour rappeler les principes, disons que la loi, en prononçant la résolution d'une libéralité entre-vifs pour cause d'inexécution des conditions imposées au donataire n'a rien fait de particulier pour les donations. Tous les contrats sont soumis, pour la même cause, à la même résolution. L'art. 1184 du Code Napoléon dit, en effet : « Que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera pas à son engagement (2). »

(1) Voy. le Code Just., *De condict. ob caus. dator.*, *De revoc. donat.*, *De donat. quæ sub modo.* Furgole, t. IV, ch. 11, sect. 1, nos 27 et suiv.

(2) « *Ex causa non secuti implementi donatio ipso jure revocata intelligi-* » *tur, licet donationi non sit inserta clausula illa vulgaris ut si conventio-* » *nibus satisfactum non esset donatio resolveretur.* » (Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 12.)

La loi finale C., *De revocand. donat.*, prononçait aussi d'une manière spéciale la révocation des donations pour inexécution des conditions imposées au donataire. Voici comment elle s'en exprime : *Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas, firmas illibatasque manere si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit.* La loi 52, D., *De condict. indeb.*, porte la même décision.

1289. Mais pour que cette résolution ait lieu, il faut que la charge imposée au donataire soit de quelque chose à quoi le donateur ou un tiers ait intérêt ; car si le mode apposé à la donation était tout entier dans l'intérêt du donataire, l'inexécution de sa part ne pourrait donner lieu à la révocation de la donation. Ce mode serait plus un conseil qu'une charge : « *Quum quis acceperit ut in suo ædificet, condici ei « id non potest, quia magis donare videtur* (1) ». Où serait l'intérêt du donateur à demander la résolution de la donation (2)?

1290. Lorsque le fait imposé au donataire est impossible, peut-on demander, pour cause d'inexécution, la révocation de la donation (3)?

Bartole distingue plusieurs cas : le premier a lieu lorsque le donateur donne une chose à la charge d'un fait qu'il pouvait raisonnablement ne pas savoir impossible. Tel est celui-ci, posé par le jurisconsulte Neratius et rapporté par Ulpien, dans la la loi 3, § 5, D., *De condict. caus. dat. caus. non secuta* (4) : Un certain Paris, comédien, ayant donné une somme

(1) L. 13, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Voët, XII, 4, 8.
(2) *Supra*, n° 355. Furgole, IV, 11, 1, 28 et suiv.
(3) *Supra*, n°s 357, 358.
(4) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 363, n° 4.

d'argent à Domitia, fille de Néron, pour avoir sa liberté, reconnut par la suite qu'il était libre. La charge de la donation devenait donc impossible à remplir, non par une impossibilité de nature évidente pour les moins clairvoyants, comme serait l'obligation de toucher le ciel avec le doigt, mais par une impossibilité que le donateur avait pu ignorer, ne sachant s'il était libre ou esclave. Ce Paris agit en répétition de la somme donnée, et il l'obtint sans qu'on s'informât si Domitia avait su ou non qu'il n'était pas libre. D'où Bartole tire cette règle : *Quando aliquis dat ob causam impossibilem ignoranter, habet locum hæc condictio* (1).

La raison est que le donateur ne s'est porté à donner que parce qu'il voulait avoir en retour sa liberté, dont il croyait n'être pas investi, et que, par conséquent, il croyait sa manumission possible (2).

1291. Pour se faire des idées justes sur cette question, il faut, avant tout, considérer que dans l'espèce posée par Neratius, il s'agit bien plutôt d'un contrat innomé, *do ut facias*, que d'une donation proprement dite, et que l'art. 900, qui fait exception à un principe général, ne doit pas être étendu à des actes qui, n'étant pas positivement compris dans cette exception, sont restés sous l'empire du droit commun.

Remarquez, en outre, que le comédien Paris avait moins voulu faire une libéralité à Domitia, qu'obtenir sa propre liberté, et qu'étant libre sans le savoir, la cause du contrat était radicalement fausse ; ce qui le viciait dans son essence (3).

1292. Il faudra rendre la même décision dans tous les cas

(1) *Junge* Doneau, *Comment. de jure civili*, liv. 14, cap. 23, n° 5. Voët, *Ad Pand.*, liv. 12, t. IV, n° 7.

(2) *Supra*, n°s 229 et suiv.

(3) *Supra*, n° 230.

où la charge est la cause de la donation, et où elle se trouve fausse à l'insu du donateur.

Par exemple, Pierre donne 10,000 fr. à François pour favoriser son mariage avec Julie, ignorant qu'il existe entre François et Julie un empêchement radical fondé sur les liens du sang. Pierre pourra se faire rendre les 10,000 fr.; *Condictio dati*, dit Voët, *non deneganda est* (1). La raison en est que le mariage de François avec Julie est la vraie cause de la donation, que Pierre n'aurait pas fait un don sans cette union, et que l'union venant à manquer, le don s'évanouit avec elle (2).

1293. Mais, en dehors de ces cas, je ne voudrais pas décider que la condition impossible, *ignoranter*, dût entraîner (le donataire ne pouvant l'accomplir) la résolution de la donation. Je crois, au contraire, qu'il faut maintenir l'art. 900 du Code Napoléon toutes les fois qu'il s'agira de libéralités proprement dites et qu'on ne pourra pas dire que la cause du contrat est fausse (3).

Par exemple, ayant le désir de faire quelque chose qui vous soit agréable, et sachant que vous tenez à arrondir votre propriété, je vous donne 10,000 fr, pour acheter telle pièce de terre qui vous limite. Il se trouve ensuite que cette pièce de terre vous appartient : la donation ne subsistera pas moins. J'ai voulu vous gratifier : telle a été surtout ma pensée; puisque vous l'êtes, mon but est rempli, et je suis sans intérêt à la résolution (4).

1294. Le deuxième cas, distingué par Bartole, a lieu lorsque le donateur ou le stipulant impose à la donation une

(1) XII, 4, 7. Doneau sur la loi 3, C., *De condict. ob caus. dat. Junge* l. 1, 5, 6, 9 de ce titre.

(2) *Infra*, no 2471.

(3) *Supra*, nos 229, 230.

(4) Furgole, XI, 1, 28.

charge qu'il sait être impossible. Il décide que l'inexécution ne donne pas au donateur le droit de répéter la chose donnée.

Cette solution est expressément autorisée par la loi 8, C., *De condict. ob caus. dat.* : « *Dictam legem donationi, si non* » *impossibilem contineat causam, ab eo qui hanc suscepit non* » *impletam, condictioni facere locum, juris dictat disci-* » *plina* (1), » et elle sert de base aux enseignements de Voët (2) et de Doneau (3). Il est clair, en effet, que celui qui a donné a voulu donner purement et simplement : *donasse videtur*, comme dit Voët (4).

L'art. 900 du Code Napoléon lève toute objection sur ce point. Celui qui apposerait sciemment à une donation une charge impossible ne pourrait se prévaloir de l'inexécution pour répéter ce qu'il a donné. Ainsi, si je disais : Je vous donne ma maison des Villes, à la charge que vous me donniez tout l'or du Potose, la donation subsisterait, bien qu'il soit évident que jamais vous ne pourrez me donner tout l'or du Potose.

On ne pourrait pas dire qu'il s'agit ici d'un contrat innomé, *do ut facias*, plutôt que d'une donation entre-vifs, et que l'art. 900 n'est pas applicable. Il faudrait répondre qu'il n'y a rien de synallagmatique dans une stipulation de ce genre ; le donateur n'a jamais pu croire sérieusement

(1) Voy. Pothier, *Pand.*, t. I. p. 363, n° 4.

(2) *Ad Pand.*, XII, 4, 7.

(3) « *Ratio*, dit cet auteur, *ex voluntate dantis ducta, quia qui causam* » *impossibilem adjecit, non videtur hoc animo fuisse ut vellet inde ullam* » *obligationem debitori nasci. At hoc pro non adjecto est. Sciebat enim qui* » *dabat sequi non posse.* » (*Comment. jur. civil.*, lib. 14, cap. 23, no 5.) En payant, en effet, la chose portée dans la donation, il est censé avoir renoncé à en réclamer la restitution pour une charge qu'il savait impossible. Car, dit ailleurs Voët : « *Si quis sciens indebitum solvat, lex præsumptionem* » *donationis inducit, et ob id impedit soluti repetitionem.* » L. 53, *De reg. jur.* (*Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 5, *De donat.*)

(4) *Loc. cit.*

qu'on lui donnerait tout l'or du Potose ; c'est donc par pur badinage qu'il a apposé cette condition ridicule, n'ayant aucunement l'intention d'obliger à quoi que ce soit le donataire.

1295. Examinons, à présent, quand il y a lieu à demander la révocation de la donation.

Avant tout, remarquons que cette révocation, se faisant en vertu d'une condition tacite, n'a pas lieu de plein droit (1); car il y a une différence entre la clause résolutoire tacite et la clause résolutoire stipulée. Celle-ci opère de plein droit ; l'autre n'a pas cette vertu, et c'est de celle-ci que le Code dit : « Dans ce cas, le contrat n'est pas résolu de plein droit. » La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exé- » cuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la » convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la » résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit » être demandée en justice, et il peut être accordé au dé- » fendeur un délai selon les circonstances (art. 1184) (2). »

Pour que le donateur puisse demander la révocation de la donation, il faut que le donataire ait été mis en demeure de satisfaire à la charge et qu'il ne l'ait pas fait (3).

1296. Le donataire peut avoir été mis en demeure dès l'instant même de la donation, s'il a été stipulé que la seule convention produirait cet effet sans qu'il fût besoin d'acte et par la seule échéance du terme (art. 1139, Code Napoléon) ; comme, par exemple : « Je vous donne ma maison de Senne-

(1) « *Aliud juris est si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimatur.* » Voy. le texte précis de l'art. 956. *Infra*, n° 2095. *Supra*, n° 294.

(2) *Infra*, n° 2095.

(3) *Supra*, n° 358. Voy. là-dessus Furgole, t. IV, ch. 11, sect. 1, n° 33. — Du reste, la question de savoir si les conditions imposées à un légataire ont un caractère tellement impératif que leur inexécution doive entraîner la révocation du legs, ne donne lieu qu'à une simple appréciation de la volonté du testateur, et, par suite, la solution d'une telle question échappe à la censure de la cour de cassation. Req. 27 mars 1861 (Devill., 61, 1, 435).

» terre, à la charge que vous me donnerez dans trois mois » votre manuscrit sur les guerres de la Révolution, voulant » que, par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit be- » soin d'autres actes, vous soyez constitué en demeure. » Si, à l'échéance du terme, vous ne m'avez pas remis votre manuscrit, je serai en droit de demander la révocation de la donation, sans que le juge puisse proroger le délai.

1297. Mais n'oublions pas que l'échéance du terme seule, sans la stipulation dont nous venons de parler, ne pourrait pas mettre le donataire en demeure. Car le principe du droit romain *dies interpellat pro homine*, est abrogé par l'art. 1139 du Code Napoléon.

Ainsi, si au bout des trois mois vous ne m'aviez pas remis votre manuscrit, je serais obligé de vous faire une sommation de me le donner dans tel délai, et ce ne serait qu'autant que vous n'auriez pas purgé la demeure que je pourrais demander la révocation de la donation.

Si donc la mise en demeure n'a pas été stipulée par le contrat de donation, le donateur est obligé de mettre le donataire en demeure de s'acquitter. Avant cette interpellation, le donataire n'est pas astreint à faire spontanément ce qui est contenu dans l'obligation. Il n'est en retard de le faire que lorsqu'il a été judiciairement interpellé (art. 1139) (1).

Pothier pose également cette règle dans ses Pandectes (2) : *Condictioni ob rem dati tunc locus esse incipit, quum in mora faciendi fuit is qui accepit.*

1298. Mais qu'arriverait-il si la chose faisant charge et qui était possible lors du contrat, fût devenue impossible

(1) « *Mora est proprie si interpellationi debitor non obtemperavit, hoc est* » *si non solvat; et moram proprie creat interpellatio*, NEC VIDETUR PROPRIE » MORAM FECISSE QUI NON INTERPELLATUS EST. » (Cuj. *Quæst. Papin.*, lib. 2, *Ad leg.* 1, *De usur.*).

(2) T. 1, p. 363, n° 6.

par la suite; par exemple : si un incendie survenu chez vous, par cas fortuit, eût brûlé votre manuscrit, pourrais-je alors faire révoquer la donation pour inexécution de la charge?

Cette question se résout par une distinction : ou l'événement de force majeure qui rend la chose impossible est survenu avant votre mise en demeure ou il est survenu après.

S'il est survenu avant votre mise en demeure, je ne pourrai pas demander la résolution de la donation; car le manuscrit était à mes risques, *res perit domino* (art. 1138 du Code Napoléon). C'est ainsi que, si je vous vends un domaine que je possède en Espagne, et que vous me payiez une partie du prix, si avant ma mise en demeure l'ennemi s'empare de ce domaine, je ne suis pas responsable de cette force majeure; c'est à vos risques qu'elle est survenue, et je pourrai exiger de vous le résidu du prix (1).

La loi 3, § 3, D., *De condict. caus. dat. caus. non secuta*, donne cet exemple : « Je vous donne 200 fr., afin que vous » donniez la liberté à Stichus. S'il meurt avant que vous » soyez en demeure, je ne pourrai répéter les 200 fr. ». C'est ainsi que doit être entendue la loi 10, C., *De condict. ob caus. dat.*, que nous avons citée ailleurs (2).

Mais si l'événement de force majeure est survenu après votre mise en demeure, c'est alors à vos risques que la chose a péri, et je pourrai demander la révocation de la donation (3). Car c'est l'effet de la demeure de mettre la chose stipulée à la charge et aux risques du débiteur (4).

1299. La résolution de la donation fait rentrer la chose

(1) L. 11, D., *De evict.*

(2) N 357.

(3) Pothier, *Oblig.*, nos 142, 143.

(4) « *Mihi verissimum videtur casu fortuito liberationem sequi, quoties ab* » *eo ipso debitore causa implenda, ita (id est, fortuito casu) impeditur, ac*

dans les mains du donateur, aussi libre qu'elle en est sortie (1). La raison en est que la résolution se fait *ex causa antiqua et primæva* (2) et que le droit du donataire étant résolu, ceux qui tiennent de lui se trouvent dans le même cas. Nous avons expliqué ailleurs cet effet. Nous disons que cette cause est *primæva et antiqua* ; car elle est nécessairement contenue dans le contrat. Elle opère de plein droit, *ex necessitate pacti impressi in ipsa rei traditione*, parce que la donation porte avec elle la condition sous-entendue, qu'elle ne vaut qu'autant que le donataire aura accompli la charge. D'où il suit que si la charge n'est pas exécutée, la donation se trouve résolue non *ex causa voluntaria*, mais *ex causa necessaria* (3). Or, il est de principe que la résolution qui s'opère *ex causa necessaria* résout les hypothèques.

Peut-on exiger la restitution des fruits perçus?

J'ai traité ce point ci-dessus avec des développements suffisants (4).

1300. Si le donateur n'exerce par l'action en révocation de son vivant, rien n'empêche que ses héritiers ne puissent l'exercer après lui. Il est vrai (comme nous le verrons plus tard) que l'action en révocation pour cause d'ingratitude ne peut être exercée que par le donateur lui-même, et qu'on peut dire que le donataire qui refuse de remplir la charge de la donation, se rend coupable d'une sorte d'ingratitude. Mais

» *periculum ante morum* CREDITORIS *esse, quæ communis est sententia. Quo* » *moveor tum generali regula rem sine culpa debitoris peremptam solvere* » *illum obligatione, tum claris et perspicuis legibus.* » L. 5, § 1, D., *De præscript. verb.*, et l. *penult.*, C., *De condict. ob caus. dat.* (Note d'Osualdus Hilligerus *sur Doneau, Comment. de jure civili*, liv. 14, ch. 21, nos 5, 6 et suiv.).

(1) *Supra*, no 361.

(2) *Supra*, n° 288.

(3) Loyseau, *du Déguerp.* 6, 3, 9.

(4) N° 295.

cette objection n'est pas soutenable : il y a une grande différence entre la révocation pour ingratitude et la révocation pour inexécution des charges. Celle-ci dépend d'une condition tacite et se suppose toujours ; celle-là, au contraire, ne se suppose pas. La révocation pour cause d'inexécution prend moins sa source dans la personne du donataire que dans l'acte lui-même. D'ailleurs c'est une véritable *condiction*, et l'on sait que ces sortes d'actions passent aux héritiers (1).

1301. L'action en restitution s'exerce contre les tiers détenteurs (2).

1302. Mais si le donateur a une action réelle *rei persecutoria*, il n'a pas de privilége sur la chose, et le conservateur n'est pas tenu de prendre inscription d'office pour la conservation des charges, alors qu'il fait la transcription (3).

1303. Quant à la prescription de l'action en résolution, il faut voir notre commentaire de l'art. 2257.

Article 955.

La donation entre-vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments.

SOMMAIRE.

1304. La révocation de donation pour cause d'ingratitude existait en droit romain.

(1) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 14.

(2) Voy. mon Comm. de l'*Échange*, n° 25, et mon Comm. du *Contrat de mariage*, n°s 3059 et 3061.

(3) Orléans, 26 mai 1848 (Devill., 48, 2, 615). Mon Comm. des *Hypothèques*, n° 216. V. cependant, M. Paul Pont, *Priv. et hyp.*, n° 188.

1305. De la punition de l'ingratitude au point de vue philosophique.
1306. La jurisprudence romaine n'a envisagé l'ingratitude que dans le cas d'une donation et pour en faire une cause de résolution.
1307. Le Code a précisé trois causes d'action révocatoire pour ingratitude.
1308. De l'attentat à la vie du donateur.
1309. *Quid* s'il s'agit d'un attentat commis par un mari sur sa femme en flagrant délit d'adultère?
1310. Des sévices et délits envers le donateur.
1311. Des injures graves.
1312. *Quid* si l'injure grave n'a été proférée qu'après le décès du donateur?
1313. Le délit commis par le donataire contre la propriété du donateur est-il une cause d'ingratitude?
1314. Du refus d'aliments comme cause d'ingratitude.
1315. Le donataire, du reste, n'est tenu de donner des aliments au donateur que si celui-ci n'a pas de parents en état de subvenir à ses besoins.
1316. Les violences, injures et faits délictueux dirigés contre l'époux ou les enfants du donateur, peuvent aussi motiver l'action en révocation.
1317. En ce qui touche le refus d'aliments à l'époux ou aux enfants du donateur, la question ne saurait se présenter.
1318. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude. — Des donations rémunératoires et des donations avec charges.
1319. *Quid* des donations mutuelles?
1320. *Quid* des donations déguisées sous forme de contrat onéreux?

COMMENTAIRE.

1304. La révocation pour cause d'ingratitude est un des points capitaux de notre sujet; il est aussi de ceux où brille au plus haut degré l'alliance de la morale et de la jurisprudence.

Le droit romain avait posé, sous les Empereurs, la base de

ce point de droit. La loi 6, D., *De agnos. lib.*, enlevait aux affranchis ingrats le bienfait de la liberté (1).

Plus tard, l'ingratitude fut une cause non moins juste de révocation des donations faites par les pères à leurs enfants (2).

Successivement cette peine fut étendue aux donations faites par les mères (3) et les autres ascendants (4).

Il était réservé à Justinien d'accorder aux donateurs étrangers, le droit de faire révoquer la donation pour cause d'ingratitude. C'est ce qu'il fit, en 530, par la fameuse loi *Generaliter*, qui est la dernière au Code *De revocandis donat.*

Cette loi importante fixe au nombre de cinq les cas d'ingratitude caractérisés. Voici ses expressions : « *Ita ut injurias* » *atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jac-* » *turæ molem ex insidiis suis ingeral, quæ non levem sensum* » *substantiæ donatoris imponat; vel vitæ periculum aliquod ei* » *intulerit, vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi* » *impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor* » *spopondit, minime implere voluerit.* »

1305. C'est cependant une question agitée par les philosophes que de savoir si l'ingratitude doit être punie autrement que par la haine des honnêtes gens. L'appréciation de l'ingratitude paraît si difficile à Sénèque et si incertaine, qu'il aime mieux la laisser justiciable de l'opinion que de la loi. « *Sed quum difficilis esset incertæ rei æstimatio, tantum,* » *odio damnavimus et inter ea reliquimus, quæ ad judices deos* » *mittimus* (5). » Et puis, le principal mérite du bienfait ne

(1) En 192 ; rescrit de l'empereur Commode. *Junge* l. 1, C., *De revoc. donat.* (en 250).

(2) L. 2, C. Theod., *De revoc. donat.* Elle parle d'une loi plus ancienne, que Jacques Godefroy attribue à Dioclétien, Maximien, Galérien et Constance.

(3) Voy. le même titre et la loi 7, C. Just., *De revoc. donat.*

(4) L. 6, C. Theod., *loc. cit.* L. 9, C. Just., *loc. cit.*, et l. *unic.*, C., *De ingratis liberis.*

(5) *De benef.*, 3, 6.

serait-il pas détruit si, comme un prêt ou un contrat de louage, il donnait lieu à une action (1)? La reconnaissance ne cesserait-elle pas d'être la chose la plus honnête du monde, si elle était forcée? Quel honneur y aurait-il à être reconnaissant, si l'on ne pouvait, en toute sûreté, se montrer ingrat? D'ailleurs, tous les tribunaux seraient à peine suffisants pour l'exécution de cette loi qui soumettrait l'ingrat à une action. Chacun exagère ses propres bienfaits ou les services qu'il a rendus.

Je ne suivrai pas Sénèque dans ses développements ingénieux. Mais j'ai hâte de dire que, quand on se pénètre bien de la pensée de ce philosophe, on voit clairement que son point de vue diffère beaucoup de celui où nous placent les lois impériales dont nous venons de parler. Ce qui le préoccupe, c'est l'établissement d'une action pénale pour châtier le délit d'ingratitude. Là, il aperçoit des inconvénients sans nombre résultant d'appréciations trompeuses, de nuances délicates, du degré de mérite des services, etc. Tout ce qu'il dit est d'un observateur profond qui joint la finesse à la profondeur, et le jurisconsulte ne peut qu'applaudir, ici, aux doctrines du philosophe; car, en tenant compte de l'imperfection de l'homme et de l'impossibilité de rendre les lois du monde aussi sévères que celles de la conscience, on est forcé de dire, après avoir humainement apprécié les choses humaines, que l'ingrat ne saurait être puni dans la société, pas plus que l'impie, le méchant, l'avare, le cruel, l'emporté, si l'on peut regarder comme impuni celui qui est abhorré (2). Ce serait donc aller trop loin que d'imiter la loi des Mèdes, qui avait établi l'action pénale contre l'ingrat (3). Suivant

(1) No 7.
(2) *Loc. cit.*, 17.
(3) Id., no 6. Voy. là-dessus d'Olive, 3, 5.

Valère-Maxime (1), cette loi existait aussi à Athènes. Mais rien ne prouve mieux que ce fait l'inutilité des lois civiles qui courent après la perfection dans les rapports des hommes. Athènes est précisément la ville où l'ingratitude donna le plus de scandales, où les services publics furent le plus outrageusement méconnus, à ce point que Valère-Maxime lui-même, récapitulant tous les exemples mémorables de l'oubli des bienfaits donnés par cette ville étourdie, termine son chapitre sur les ingrats (2) en s'écriant : « Que toutes les » langues de la postérité se sont déliées pour reprocher » sans ménagement aux Athéniens leur noire ingratitude (3) ».

1306. Nous convenons donc avec Sénèque que l'action pénale contre les ingrats ne saurait être établie sans le grand danger d'aller trop loin.

Mais le point précis envisagé par les lois romaines est bien différent : elles restent étrangères à toute action pénale ; elles ne veulent exercer ni censure, ni châtiment, ni office de morale abstraite. Elles ne se préoccupent pas de l'ingratitude envers celui qui a rendu un de ces services plus ou moins importants qui sont l'accomplissement d'un devoir d'humanité, et qui donnent tant de prix au commerce des hommes, mais que la loi ne définit pas. Elles n'envisagent que le cas précis, limité, tout spécial, d'une donation par laquelle le donateur s'est dessaisi de son bien au profit du donataire; et, dans cette hypothèse exceptionnelle, elles veulent que l'ingratitude soit une cause de résolution de la donation. Tout cela est excellent, moral, philosophique et juridique (4).

1307. L'ancienne jurisprudence s'y était conformée (5);

(1) 5, 3, 3, *In qua urbe adversus ingratos actio constituta est.*
(2) *De ingratis*, 5, 3.
(3) 5, 3, 3.
(4) Voët, lib. 39, t. V. n° 23. Vinnius, *Quæst. select.*, 2, 32.
(5) Furgole, *Test.*, ch. 11, sect. 1. n°s 49 et suiv. Ferrières *sur Paris*, tit.

le Code Napoléon a suivi la même voie ; l'ingratitude ne pouvait le trouver moins sévère que le droit romain et l'ancien droit ; mais il a précisé avec plus d'exactitude les causes qui peuvent donner lieu à une action.

Elles sont au nombre de trois :

1° Attentat à la vie du donateur ;

2° Sévices, délits, injures graves ;

3° Refus d'aliments.

Elles peuvent se prouver par la preuve testimoniale : la loi romaine recommande au juge de ne s'arrêter qu'à une preuve claire et parfaitement concluante (1). C'est une règle générale applicable dans toutes les actions, mais surtout dans les actions pénales et révocatoires.

1308. L'attentat à la vie est un acte dont l'odieux porte en lui-même son explication. Cependant, il y a quelques cas sur lesquels il est bon de s'entendre.

L'homicide du donateur, dans le cas de légitime défense du donataire, n'est pas un cas d'ingratitude et de révocation. La légitime défense est permise : « *Nam jure hoc evenit, ut* » *quod quisque ob tutelam corporis fecerit, jure fecisse existi-* » *metur* (2). » La loi dernière au Code, *De revoc. donat.*, se servait d'une expression énergique qui résume toute la pensée du législateur sur ce point. Elle voulait que le donataire eût porté sur le donateur des mains impies : *Manus impias inferat*. Celui qui ne fait que défendre sa vie, *cum moderamine inculpatæ tutelæ*, n'est pas cet impie qui mérite d'être châtié (3).

1309. Que dirons-nous du mari qui tue sa femme surprise en adultère ?

Des donations, t. III, p. 1105. Ricard, *Des donations*, part. 3, nos 696, 728.

(1) L. ult., C., *De revoc. donat.*

(2) L. 3, D., *De just. et jure.*

(3) Coquille *sur Nivernais, Des fiefs*, art. 66. Furgole, XI, 1, 79.

Si d'un côté, l'art. 324 du Code pénal déclare un tel meurtre excusable, de l'autre, l'art. 326 lui applique une peine ; il ne le met pas dans le cas de légitime défense. Il lui laisse un caractère délictueux, c'est-à-dire un caractère violent et excessif. C'est pourquoi, je trouve que c'est avec raison que M. Merlin enseigne qu'en pareil cas le mari perd son droit aux gains nuptiaux (1).

1510. Le deuxième cas prévu par notre article est celui où le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits, injures graves.

Les sévices s'adressent à la personne; les délits peuvent s'adresser, soit à la personne, soit à la propriété du donateur (2).

1511. Quant aux injures, elles sont une attaque contre l'honneur, la considération, la dignité; elles affectent le moral de l'homme. La loi exige qu'elles aient un caractère de gravité. Pour juger ce caractère, on consultera les circonstances, la qualité des personnes, l'éducation. Une injure peut avoir été provoquée par un procédé violent; elle peut émaner d'un homme naturellement grossier, qui calcule peu la valeur des mots, et qui s'adresse à un homme aussi rude que lui et ayant de plus le tort de l'agression (3). En pareil cas, l'injure perd de sa gravité ; elle n'est pas cette injure atroce (comme disaient les anciens) (4), qui annonce l'ingratitude. Elle n'est que l'effet d'un premier mouvement, d'un écart irréfléchi, d'une habitude de mauvaise éducation.

(1) Répert., v° *Gains nuptiaux*, 189.

(2) Paris, 29 mars 1806 (Devill., 2, 2, 129). Nîmes, 28 avril 1813 (Palais, t. XI, 329). Cassat., 24 décembre 1827 (Dalloz, 28, 1, 72); 17 juin 1833 (Dalloz, 33, 2, 192).

(3) Toulouse, 29 avril 1825 (Dalloz, 25, 2, 220); Metz, 24 mai 1859 (Devill., 59, 2, 659).

(4) Justinien, l. ult., C., *De revoc. donat.* Ricard, p 3, n° 692. Furgole, XI, 1, 71.

1312. Si l'injure grave n'a été proférée qu'après le décès du donateur, est-elle de nature à être prise en considération? L'art. 1047 (1) offre, à cet égard, un argument spécieux, et l'on trouve dans l'ancienne jurisprudence des autorités qui le confirment (2). Cependant, je crois qu'en général la loi ferme les yeux sur de tels écarts. L'art. 957 du Code Napoléon, en concentrant dans la volonté du donateur le principe de l'action, en laissant à son indulgence et à sa générosité la décision à prendre sur le mauvais procédé du donataire, me paraît, par là même, jeter un voile sur tout ce qui se passe quand il n'est plus là. Les querelles d'héritier à donataire ne sont que trop fréquentes et trop passionnées. Où en serait-on, si on y ajoutait les procès d'ingratitude, si les héritiers étaient admis à rechercher des injures tardives, à susciter des accusations fondées sur des faits posthumes? Que de débats fâcheux! Que d'inimitiés ou de rancunes! Les héritiers n'ont pas, là-dessus, la discrétion du donateur : ils pourraient voir une cause de poursuite là où le donateur aurait cru devoir garder le silence (3) : et tandis que le Code Napoléon n'a pas maintenu les peines de l'ancien droit contre la femme qui malverse dans l'année du deuil (4), on oublierait ici cette régle (5), pour se montrer plus sévère dans des cas moins graves (6).

(1) *Infra*, n° 2192.

(2) Pothier, *Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 3, § 2 *in fine*.

(3) Furgole, XI, 1, 70, donne d'assez mauvaises raisons.

(4) Bretonnier *sur Henrys*, t. II, p. 182. *Infra*, n° 2200.

(5) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, n° 1716. *Infra*, n° 2200.

(6) Il a été décidé en ce sens que l'action en révocation des dispositions testamentaires autorisée contre le légataire pour injures graves à la mémoire du testateur ne peut être étendue au cas de donation entre-vifs. Metz, 24 mai 1859 (J. Pal., 1859, p. 797). Voy. dans le recueil cité les observations conformes de M. le conseiller P. Grand.

1313. Nous avons dit que le délit contre la propriété du donateur peut être un cas d'ingratitude. Revenons là-dessus par une explication.

On conçoit que le délit contre la propriété du donateur constitue un tort plus blâmable de la part de celui que le donateur a gratifié que de la part de tout autre. Mais pourrait-on s'attacher à des torts quelconques, ou bien faudrait-il exiger, avec la loi romaine, que le dommage causé fût considérable : *Jacturæ molem ex insidiis suis ingerat, quæ non levem sensum substantiæ donatoris imponat* (1)? Un arrêt de la cour de Paris a jugé que des soustractions sans importance, commises par un domestique au préjudice de sa maîtresse qui lui avait fait une donation de 15,000 fr., ne constituent pas le cas d'ingratitude (2).

Je crois, cependant, que tout dépend des circonstances, et qu'il faut surtout avoir égard à l'intention, au manque de reconnaissance, à la méchanceté du procédé, plutôt qu'à la quotité du dommage. L'art. 955 n'a pas parlé de cette quotité. Il laisse donc à la conscience du juge le soin d'arbitrer le fait dans son ensemble : le juge saura le caractériser, en ayant égard à tout ce qui en marque la physionomie. Supposons que le donataire aille couper, par malice, de jeunes arbres que le donataire aura plantés sur sa propriété. Croit-on que, bien que cette propriété soit considérable et que la valeur des jeunes arbres ne le soit pas, un tel fait ne serait pas une ingratitude assez caractérisée pour autoriser l'action en révocation?

D'un autre côté, est-ce qu'il n'y a pas des cas où le vol, de la part du donataire, est un signe manifeste de la plus

(1) L. ult., C., *De revoc. donat.* Furgole, XI, 1, 82.

(2) Paris, 17 janvier 1833 (Dalloz, 33, 2, 192. Devill., 33, 2, 135. Palais, t. XXV, p. 55). Voy. une espèce semblable avec décision contraire, Rennes, 22 janvier 1829 (Palais, t. XXIV, p. 147).

coupable ingratitude, alors même que ce vol ne change pas d'une manière sensible l'état de fortune du donateur (1)?

1314. Le troisième cas prévu par notre article est le refus d'aliments fait par le donataire au donateur. L'ancienne jurisprudence avait reconnu ce cas de noire ingratitude malgré le silence de la loi romaine (2). En effet, il n'y a pas de plus noire ingratitude que de refuser des aliments au bienfaiteur qui en a besoin à cause de son indigence. C'est un manquement à un devoir naturel de premier ordre.

1315. Toutefois le donataire n'est tenu de cette obligation que lorsque le donateur n'a pas de parents de la classe de ceux auxquels la loi fait une obligation précise de venir à son secours en cas d'indigence, ou bien lorsque ces parents sont eux-mêmes dans l'impossibilité d'accomplir ce devoir (3).

1316. Dans tout ce nous avons dit jusqu'à présent, nous avons supposé que les violences, les injures, les faits délictueux, émanés du donataire, s'adressaient directement au donateur. Il faut prévoir le cas où ils sont dirigés contre l'épouse ou les enfants du donateur.

Je ne fais pas de doute qu'en pareille circonstance, l'ingratitude ne soit assez caractérisée pour motiver l'action en révocation. Quel tort plus grave peut-on faire au donateur que d'injurier sa femme et ses enfants? Quel chagrin plus mortel peut-on lui occasionner que d'exercer des sévices sur ces personnes qu'il aime comme lui-même (4)? « *Patitur* » *quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per*

(1) Exemple : Rennes, 22 janvier 1829 (Palais, t. XXIV, p. 147).

(2) Furgole en doutait, *Test.*, XI, 1, 67 ; mais Pothier n'y voyait pas de difficulté, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 1 *in fine*.

(3) Zachariæ, t. V, p. 352. *Contra*, M. Duranton, t. VIII, nº 558.

(4) Delvincourt, t. II, p. 284.

» *liberos suos, quos in potestate habet : item per uxorem* » *suam* (1). » C'est ce qu'enseignait Pothier dans l'ancien droit (2); il en doit être de même aujourd'hui. L'art. 955 voit un cas d'ingratitude dans le délit commis contre la propriété du donateur : et il serait indifférent à un délit commis sur la personne de sa femme ou de ses enfants!

1317. En ce qui touche le refus d'aliments, la question ne saurait se présenter : car, ou le donateur est *in bonis*, et c'est à lui à pourvoir à l'entretien de sa famille, ou il est tombé dans l'indigence, et c'est à lui que le donataire doit des aliments; aliments qui seront arbitrés eu égard aux besoins que lui impose sa famille; ou enfin le donateur est mort, et le refus d'aliments, postérieur à son décès, n'est pas un cas dont la loi ait voulu s'occuper (3).

1318. Voyons maintenant quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

Toutes les donations qui sont de pures libéralités y sont sujettes, quoiqu'elles aient été faites avec certaines charges. L'art. 955 est général : il pose une règle sans exception, autre que celle qu'il a prévue expressément dans l'art. 959 (4).

On n'excepte pas même les donations rémunératoires (5), parce qu'inspirées par des services rendus, elles n'en sont pas moins des libéralités faites *nullo jure cogente*.

Seulement, la révocation étant prononcée, il est juste de

(1) Justin., *Instit.*, *De injuriis*, § 2.

(2) *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 2.

(3) *Supra*, n° 1312.

(4) Pothier *sur Orléans*, *Introd.*, t. XV, n° 114.

(5) Cassat., 17 août 1831 (Dalloz, 31, 1, 311. Palais, t. XXIV, p. 147). Paris, 20 mars 1806 (Palais, t. V, p. 258). Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 3. Grenier, n° 218. *Contra*, Toullier, t. V, n° 328. Bruxelles, 30 juin 1815 (Palais, t. XII, p. 785).

faire raison aux donataires des services rendus, en les appréciant avec générosité (1).

Il en est de même de la donation faite avec charges. Il est équitable de tenir compte des charges acquittées, nul ne devant s'enrichir par son propre bienfait.

1319. La question est plus délicate à l'égard des donations mutuelles (2). Sans doute, on ne saurait nier que les donations de cette espèce ne soient révocables pour cause d'ingratitude. Mais on n'est point d'accord sur la question de savoir si la révocation d'une de ces donations n'entraîne pas la chute de l'autre. Plusieurs auteurs ont pensé que le donateur révoquant est en droit de garder la libéralité (3); d'autres enseignent qu'il doit s'en abstenir à cause de la réciprocité (4).

Ce qui met une différence entre cette question et la précédente, c'est que, dans l'hypothèse de la première, les charges et les services sont liés étroitement à la donation comme condition ou cause; tandis qu'ici les deux donations sont moins dépendantes l'une de l'autre (5). Elles ont pour principe, moins de chercher un équivalent, que de faire une libéralité; elles sont mutuelles à la vérité. Elles ont entre elles le lien de la réciprocité; mais l'affection, plus que la spéculation, en est la base; de sorte qu'il est possible de concevoir leur séparation, alors que c'est par son propre fait que l'un des donateurs voit s'évanouir celle qui lui était destinée.

(1) Rennes, 25 février 1829 (Palais, t. XXIV, 147).

(2) L'art. 960 du C. Nap. parle formellement de ces donations. *Infra*, nos 1392 et suiv.

(3) Toullier, 5, no 829. M. Duranton, 8, no 565. M. Bayle-Mouillard, t. II, p. 203.

(4) Furgole, XI, 1. 105. M. Coin-Delisle, art. 953, no 13.

(5) Voy. mon rapport à la cour de cassation (Devill., 43, 1, 118).

L'art. 300 du Code Napoléon me paraît fournir un argument victorieux en faveur du droit du révoquant de conserver la libéralité qui lui a été faite mutuellement. Quelle serait d'ailleurs la peine de l'ingrat? Perdant d'un côté la donation à lui faite, il retrouverait de l'autre celle qui émane de lui.

Dira-t-on que le donateur qui demande la révocation montre de son côté de l'ingratitude, puisqu'il intente une action injurieuse contre celui qui s'est, dans d'autres temps, montré généreux envers lui? Mais je réponds à cette observation par la règle : *Nemo damnum dat qui jure suo utitur.* Autant vaudrait dire que la donation mutuelle n'est pas sujette à révocation. Ce serait plus logique (1).

1320. Une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux peut-elle être révoquée pour cause d'ingratitude? J'ai entendu agiter cette question : mais j'ai toujours été tenté d'y répondre par ces mots du jurisconsulte Celsus : « *Aut non intelligo quid sit de quo me consuleris, aut valde* » *stulta est consultatio tua* (2). » Qu'importe, en effet, que cette donation ait l'écorce d'une vente ou autre contrat onéreux? Elle n'en est pas moins une donation, à la forme près. Ce serait une mauvaise raison de dire que le donateur doit être puni de la fraude qu'il a faite à la loi en ne se conformant pas à ce qu'elle prescrit pour la forme des donations, et en prenant un moyen détourné. Car si le donataire était personne capable de recevoir, il n'y aurait aucune présomption de fraude admissible, puisque les parties pouvaient faire ouvertement ce qu'elles ont fait d'une manière moins solennelle.

(1) *Infra*, nº 1393.
(2) L. 27, D., *Qui test. facer.*

ARTICLE 956.

La révocation pour cause d'inexécution des conditions et pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit.

SOMMAIRE.

1321. La révocation pour cause d'inexécution ou d'ingratitude doit être l'objet d'une demande en justice.
1322. Du délai que le juge peut accorder au donataire. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1321. La révocation pour ingratitude n'a pas lieu de plein droit (1); en cela, elle ressemble à la révocation de la donation pour inexécution des charges y attachées (2). Il y faut donc le fait et la volonté de l'homme. L'inexécution, l'ingratitude ne sont pas de ces événements qui puissent produire effet en vertu de la loi seule, par la seule force du droit (3). Ce triste cas, surtout, n'a pu être prévu lors de la donation; la seule idée de ce délit eût étouffé tout sentiment de bienfaisance dans le donateur. Il est donc nécessaire qu'une demande soit formée par le donateur, témoignant son repentir de la donation, et réclamant la restitution de ce qu'il a donné (4). Nous verrons tout à l'heure le délai dans lequel l'instance doit être intentée (5) pour l'ingratitude.

(1) Doneau, comm. 14, 28, 1. *Supra*, no 294.
(2) *Supra*, no 1295.
(3) Doneau, *ibid.*
(4) Id.
(5) Art. suiv.

1322. Lorsque le juge est saisi d'une demande en révocation pour inexécution des conditions et charges, il peut accorder un délai raisonnable (1). Nous nous sommes expliqué sur ce point au n° 1295.

Article 957.

La demande en révocotion pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur.

Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit.

SOMMAIRE.

1323. De l'espace de temps dans lequel doit être intentée l'action en révocation pour cause d'ingratitude.
1324. De quelle époque le délai commence à courir.
1325. La remise de l'action est encore un moyen d'éteindre l'action en revendication.
1326. Observation de Furgole sur des circonstances considérées comme preuve de réconciliation.
1327. L'exécution de la donation entraîne aussi renonciation à l'action.

(1) Bordeaux, 7 décembre 1829 (Dalloz, 30, 2, 117). Cassat., 14 mai 1838 (Dalloz, 38, 1, 280. Devill., 38, 1, 849). Bourges, 10 février 1843 (Devill., 44, 2, 27. Dalloz, 44, 2, 42). *Supra*, n° 1295.

1328. L'action en révocation pour ingratitude n'appartient qu'au donateur contre le donataire; elle ne passe ni à l'héritier, ni contre l'héritier.

1329. Exception en faveur des héritiers du donateur, lorsque celui-ci meurt avant l'expiration du délai de prescription, ou après avoir commencé les premières poursuites.

1330. Dans le premier cas, les héritiers du donateur ont le reste de l'année pour exercer leur action.

1331. Ce droit des héritiers est surtout évident quand le décès du donateur est le fait du donataire.

1332. Le temps de l'action ne court, pour les héritiers comme pour le donateur, qu'à compter du jour où le fait d'ingratitude a pu être connu.

1333. Ainsi, par exemple, dans le cas où le donateur a perdu la vie par le crime du donataire.

1334. En pareil cas, l'action civile des héritiers est suspendue pendant le cours de l'action publique.

1335. Le mari étant mort dans l'année de l'adultère de sa femme sans l'avoir dénoncée, les héritiers pourront-ils se prévaloir de ce fait d'adultère comme d'une injure grave devant entraîner la révocation de la donation ?

1336. *Quid* de l'adultère du mari, dans le cas de l'art. 339 du Code pénal?

1337. Arrêt dans l'affaire Paris.

1338. *Quid* si le donateur est décédé après avoir intenté, non pas l'action en révocation, mais une action qui la contient implicitement ?

1339. Arrêt de la cour de Toulouse qui se prononce contre les héritiers.

1340. Critique de cet arrêt.

1341. Autres arrêts des cours de Paris et de Rouen.

1342. Examen de ces arrêts.

1343. Le délai d'un an ne court pas entre époux pendant le mariage. — Renvoi.

COMMENTAIRE.

1325. L'action en révocation pour cause d'ingratitude a un caractère pénal, puisqu'elle aboutit à une vindicte contre

l'homme qui s'est rendu coupable d'un méfait (1). Il est, par conséquent, dans sa nature qu'elle soit intentée dans un temps assez court, de même que l'action pour lésion et autres procédant de causes analogues ; car les sujets d'inimitié doivent être promptement vidés, et la société souffrirait si la poursuite des délits ou quasi-délits se faisait trop attendre.

Notre article déclare donc quel est l'espace de temps dans lequel l'action en révocation doit être intentée pour cause d'ingratitude; c'est un an.

Ce point avait fait matière à difficulté dans l'ancienne législation. Furgole a exposé les opinions très-diverses qui s'étaient produites à cet égard (2). Quant à lui, il pensait avec Dumoulin (3), que l'action d'ingratitude était soumise à la règle des prescriptions ordinaires et qu'elle ne pouvait s'éteindre que par un silence de trente ans.

Tel n'est pas le système du Code. Il a décidé que l'action en révocation pour ingratitude est prescriptible par un an ; présumant que ce laps de temps suffit pour faire preuve que le donateur a renoncé à l'action et fait remise de l'injure.

1324. Ce temps court à compter du jour du délit ou du jour où le délit a pu être connu du donateur. L'action doit être intentée dans cette année.

1325. Ici, remarquons en passant que la prescription n'est pas la seule cause qui élève une fin de non-recevoir contre l'action en ingratitude.

Tous les jurisconsultes antérieurs au Code sont d'avis que la remise formelle ou tacite de l'action est un obstacle insurmontable (4). Cette décision, fondée sur le principe qu'il est

(1) Furgole, XI, 1, no 141.
(2) Furgole, *loc. cit.*, nos 172 et suiv.
(3) *Sur Paris*, § 43, glose 1, no 51.
(4) Furgole, XI, 1, nos 169, 170.

permis de renoncer à un droit introduit en sa faveur, doit être suivie sous le Code Napoléon (1).

1326. Furgole a émis à ce propos une observation bizarre. Les circonstances suivantes, *salutatio, osculatio, lusus et comessatio*, que les auteurs considèrent ordinairement comme preuve de renonciation, ne lui suffisent pas ; suivant lui, il y a ici deux choses : l'injure et l'action ; or, on peut pardonner l'injure par charité chrétinne, sans pour cela renoncer à l'action en dédommagement de l'injure. La renonciation n'est donc pas une suite nécessaire de ces faits.

Ceci n'est pas soutenable. La renonciation, en éteignant l'injure, éteint aussi l'action qui en est la suite (2).

1327. L'exécution de la donation par le donateur entraîne aussi renonciation à l'action et couvre les faits d'ingratitude antérieurs (3).

1328. Examinons maintenant à quelles personnes appartient l'action en révocation pour ingratitude.

Le Code a là-dessus des dispositions très-sages, presque toutes empruntées à l'ancien droit (4). Il ne veut pas que le donateur qui a gardé le silence pendant la vie du coupable, puisse actionner ses héritiers moins coupables que lui. Dans ce cas, il présume de plein droit une renonciation à l'action.

Il ne veut pas non plus que les héritiers du donateur puissent intenter de leur chef une action dont leur auteur, beaucoup plus intéressé qu'eux, n'avait pas cru devoir user. Le donateur a pu être dominé par un sentiment de faveur et d'intérêt que l'ingratitude du donataire n'a pas éteint. La loi s'en rapporte à sa générosité, et elle n'abandonne pas à

(1) M. Duranton, t. VIII, nº 561. Arg. des art. 272 et 306 C. Nap.
(2) Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 5.
(3) Cassat., 4 janvier 1842 (Devill., 42, 1, 244).
(4) L. 1 et 7, C., *De revoc. donat.* Furgole, XI, 1, 143.

l'âpreté des héritiers la décision des questions personnelles dans lesquelles l'indulgence de l'offensé est la première loi (1).

Ainsi l'action en révocation pour ingratitude n'appartient qu'au donateur contre le donataire; elle ne passe ni à l'héritier ni contre l'héritier (2). Elle est *personnalissime*, comme dit Fontanella (3). Bien entendu, cependant, que lorsqu'elle a été intentée dûment contre le donataire et que celui-ci décède pendant l'instance, l'action se continue contre ses héritiers (4). *Actiones semel inclusæ judicio non pereunt.*

1329. Il n'y a que deux exceptions à la règle de la non-transmission de l'action. La première, lorsque le donateur meurt avant la fin de l'année de la prescription. Alors ses héritiers succèdent à son droit qui est passé dans sa succession. La deuxième, lorsqu'il meurt après avoir commencé les premières poursuites ; car il est clair que l'action étant dès ce moment liée passe aux héritiers (5).

1330. La première exception demande, de notre part, quelques explications.

L'année du délit appartient au donateur pour prendre sa résolution. S'il décede avant la fin de cette année, on ne peut pas dire d'une manière certaine que, dans sa pensée, l'offense a été remise ; car lorsque la mort l'a surpris, il était encore à temps de faire usage de la rigueur de la loi. Le décès étant donc arrivé lorsque les choses étaient encore entières, le législateur a pensé qu'il était juste de faire passer aux héritiers l'action que le défunt aurait pu exercer. Le donataire ingrat ne doit pas profiter d'un événement de force

(1) *Supra*, n° 1312.

(2) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 14. Voët, *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, n° 23. Doneau, comm. 14, 29, 1, 2, 3 et suiv.

(3) *De pact. nupt.*, VII, 2, 10, 45.

(4) Brillon, v° *Adultère*, n° 37.

(5) Furgole, XI, 1, 144. Fontanella, *loc. cit.*

majeure qui n'a aucune signification libératoire (1). L'action n'était pas éteinte à l'instant du décès. Les héritiers peuvent donc raisonnablement l'intenter comme l'aurait pu faire le défunt. Ils ont pour cela le reste de l'année (2).

1331. Ce droit des héritiers devient bien plus évident encore quand c'est par le fait même du donataire que le décès du donateur a eu lieu. Supposons que le donataire assassine le donateur. Qui poursuivrait la vengeance de ce délit, si la loi n'en chargeait les héritiers?

1332. Il y a plus, et comme les héritiers peuvent ignorer le fait d'ingratitude, la jurisprudence a décidé que le temps de cette action à eux accordée par le paragraphe final de l'art. 957, ne doit courir qu'à partir du jour où il aurait couru pour le défunt lui-même, c'est-à-dire à compter du jour où le délit a pu être connu (3).

Supposons que, pendant la dernière maladie du donateur, un serviteur à qui il avait fait une donation, se rende coupable de soustractions frauduleuses à son préjudice; le donateur décède quelque temps après sans avoir exercé son action, soit parce qu'il ne l'a pas pu, soit parce qu'il n'a pas connu les faits. Ses héritiers, venant à les découvrir, ont le même droit que lui, et leur action est recevable pendant l'année à partir de la connaissance du délit.

1333. Nous disons la même chose du crime commis par le donataire, et qui aurait privé de la vie le donateur. Les héritiers peuvent ignorer que le donataire s'en soit rendu coupable. L'année ne commence donc à courir que du jour où ils ont acquis la connaissance du forfait.

(1) Ferrières sur la quest. 214 de *Guy Pape*. *Contra*, Furgole, XI, 1, 148.

(2) Décision du tribunal de Savenay, confirmée par arrêt de Colmar du 7 janvier 1833 (Dalloz, 34, 1, 204. Palais, t. XXIII, p. 1691).

(3) Cassat., 24 décembre 1827 (Palais, t. XXI, p. 985. Devill., 8, 1, 732). 17 août 1831 (Palais, t. XXIV, p. 147. Devill., 31, 1, 317).

1334. Mais, en pareil cas, leur suffit-il de porter plainte régulière en justice pour interrompre la prescription d'un an, sauf à eux à attendre l'issue du procès criminel pour demander la révocation? Ou bien faut-il qu'ils intentent l'action en révocation, sauf à la laisser suspendue jusqu'à la fin de la procédure devant le juge criminel? Cette question est tranchée par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui décide que l'action civile peut être intentée séparément de l'action criminelle et que, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant la poursuite de l'action civile (1).

1335. Il y a des faits dont la poursuite criminelle n'appartient qu'à l'offensé lui-même, comme l'adultère de la femme. D'après l'art. 336 du Code pénal, il ne peut être dénoncé que par le mari.

De là, la question de savoir si le mari étant mort dans l'année de l'adultère de sa femme sans l'avoir dénoncée, ses héritiers peuvent se prévaloir de ce fait comme d'une injure grave, pour demander la révocation des avantages faits à la femme par son mari.

Les lois romaines conduiraient peut-être à l'affirmative, si on les prenait en considération (2); et c'est ce qui fait que quelques auteurs ont pensé que l'adultère de l'épouse peut, après la mort du mari, servir de base à une action en révocation pour ingratitude. Mais la jurisprudence française n'a jamais été favorable à ce système (3). Pour cette action civile, comme pour l'action correctionnelle, l'accusation

(1) Arg. de ce qu'enseignent Brillon, v° *Adultère*, n° 37, et Bouguier lettre *A*, n° 2.

(2) L. 3 et 22, D., *De adim. legat.* L. 9, D., *De his quæ ut indignis.* L. 10, C., *De his quæ ut indignis.* L. 27, C., *De fideic.*

(3) M. Joly de Fleury (Augeard, t. I, p. 667).

réside dans la seule personne du mari; elle est *personnalissime*; elle ne passe pas à d'autres s'il ne l'a intentée de son vivant (1). Sans cette barrière, il n'y aurait pas de famille qui ne fût troublée par des scandales, et des héritiers avides ne manqueraient pas de témoins pour insulter à des femmes irréprochables, et pour leur contester leurs avantages nuptiaux.

1336. Il n'en est pas de même de l'adultère du mari accompagné des circonstances prévues par l'art. 339 du Code pénal. Aucune disposition de la loi n'en limite la poursuite à la personne même de la femme. Il peut donc servir de base à une action intentée par les héritiers après la mort de la donatrice (2).

1337. Mais il faudrait qu'il fût bien constant que les faits reprochés au mari se rapportent à une époque où l'épouse vivait encore.

C'est ce que prouve l'arrêt suivant qui est digne d'être remarqué :

3 messidor an XII, donation entre-vifs faite par la dame Paris à son mari.

9 messidor de la même année, décès de la dame Paris.

Il paraît que Paris avait entretenu des relations criminelles avec une domestique pendant le mariage. Sept mois et vingt-sept jours (3) après la mort de l'épouse légitime, un enfant était né de ce commerce; Paris l'avait reconnu le lendemain.

Les héritiers de la dame Paris se fondant sur ce fait, pré-

(1) Brillon, v° *Adultère*, n° 29. Lapeyrère, lettre A, n° 22. Louet, lettre J, somm. 4 :

« L'honnête homme trompé s'éloigne et ne dit mot. »

(2) Colmar, 7 janvier 1830 (Dalloz, 31, 1, 204). Les motifs du jugement du tribunal de Savenay, confirmé par la cour, sont bien déduits. *Infra*, n° 1363.

(3) 243 jours.

tendirent que la donation faite par la feue dame Paris à son mari était révocable pour cause d'ingratitude. Leur action aurait été sérieuse, si la naissance de l'enfant avait eu lieu dans un délai rapproché de la mort, parce qu'on aurait pu reporter la conception au temps du mariage. Mais dans l'espèce, l'enfant étant né sept mois et vingt-sept jours après la dissolution du mariage, il devenait légalement impossible de prouver que l'enfant avait été conçu pendant le mariage, car le terme de sept mois est un terme naturel ; dès lors la conception pouvait avoir eu lieu après la dissolution du mariage (1).

1338. Venons maintenant à la deuxième exception prévue par notre article. On sait qu'elle consiste à transmettre l'action, alors que le donateur a commencé les premières poursuites.

A ce sujet, il se présente une difficulté.

Il peut arriver que le donateur intente une action qui n'est pas l'action même en révocation, mais qui la contient implicitement : par exemple, l'action de divorce pour adultère dans les lieux où elle est permise. Le donateur meurt avant la fin du procès, et son action en divorce s'éteint avec lui. On demande si les héritiers du donateur pourront se prévaloir de cette action en divorce fondée sur l'adultère de la femme, pour diriger contre elle une action spéciale en révocation pour cause d'ingratitude.

Sans doute, ils ne pourraient pas intenter l'action d'adultère proprement dite, puisqu'elle est personnelle au mari, et que ce dernier n'a pas cru son honneur intéressé à demander autre chose que le divorce. Mais pourquoi ne pourraient-ils pas argumenter de l'action en divorce commencée par le mari, pour établir qu'il n'a pas voulu faire remise de

(1) Amiens, 2 mai 1807 (Devill., 2, 2, 237. Palais, t. VI, p. 65).

l'ingratitude de l'épouse et pour s'exempter de lui payer sa donation ? Dans l'ancienne jurisprudence, on décidait que lorsque le mari avait accusé sa femme d'adultère et que sa mort l'empêchait de conduire à fin son accusation, ses héritiers, bien qu'ils ne fussent pas admis à reprendre l'accusation, pouvaient cependant en exciper contre la femme demandant le payement de son douaire (1).

Malgré ces raisons, la jurisprudence moderne ne s'est pas toujours montrée favorable à l'action des héritiers. On a décidé que l'action en révocation pour ingratitude ne se continue dans la personne de ceux-ci qu'autant qu'elle est bien l'action en révocation même. Mais que si la révocation n'est qu'un corollaire, une suite d'une autre action intentée d'une manière principale s'éteignant avec le donateur, la révocation ne saurait revivre par le fait des héritiers.

1339. Écoutons une décision de la cour de Toulouse, d'où résulte cette doctrine :

Barthélemy G** réclame le divorce pour cause d'adultère contre sa femme. Il décède avant l'admission de la demande.

Après cet événement, la dame G**, donataire par contrat de mariage d'une partie des biens du mari, se pourvoit contre ses héritiers pour obtenir l'effet de sa libéralité. Mais ces derniers soutiennent qu'elle est non recevable et que la donation doit être révoquée pour raison d'ingratitude.

La dame G** répond à cette prétention en disant : Pour que l'adultère fasse révoquer la donation, il faudrait qu'il eût motivé préalablement la prononciation du divorce (2). Or, l'action de divorce n'a pas abouti : les héritiers du mari, en demandant la preuve des faits d'adultère, élèvent une

(1) Bouguier, lettre *A*, n° 2. Ricard, *Donat.*, p. 1, ch. 3, sect. 8, n° 402. Furgole, XI, 1, 148.

(2) Art. 299 C. Nap.

prétention illégale, lorsque surtout ils n'agissent que dans un but pécuniaire.

A cela les héritiers opposent l'ancienne jurisprudence. Néanmoins, la cour de Toulouse repoussa leur prétention (1) par la raison que, d'après l'art. 299, la perte des gains nuptiaux n'est attachée qu'à l'admission seule du divorce, laquelle s'est trouvée empêchée par le décès du donateur.

1340. Il est permis, à mon sens, d'élever des doutes sérieux sur cette manière d'envisager la question.

Qu'exige notre article pour que les héritiers soient recevables? Que l'action ait été intentée par le donateur. Or, dans l'espèce, n'a-t-elle pas été intentée? Le donateur n'a-t-il pas voulu obtenir la révocation? N'était-elle pas renfermée implicitement, mais nécessairement, d'après l'art. 299 du Code Napoléon, dans sa demande en divorce? Et si son décès fait évanouir la demande en divorce qui n'a plus d'objet, est-ce qu'elle entraîne la chute de la demande en révocation qui reste avec sa cause, avec son intérêt? Je ne saurais le penser, et j'aime mieux l'ancienne jurisprudence que la jurisprudence trop relâchée de la cour de Toulouse.

1341. Contre cette opinion, on oppose deux arrêts de la cour de Paris et de la cour de Rouen dont j'ai quelquefois entendu argumenter. Hardouin exerce des sévices sur sa femme, et celle-ci le poursuit en séparation de corps; mais elle ne demande pas la révocation des avantages nuptiaux. Elle décède avant les enquêtes et le jugement. Ses héritiers prétendent s'appuyer sur l'action en séparation pour y greffer l'action en révocation. On leur répond que la femme Hardouin n'ayant demandé que la séparation sans l'obtenir, à cause de son décès, cette action est éteinte, et que l'action des héritiers est une tout autre action, dont le prin-

(1) 25 janvier 1820 (Devill., 6, 2, 195. Palais, t. XV, p. 731).

cipe n'émane pas de leur auteur, lequel n'a jamais parlé de révocation. Ce système fut admis par le tribunal de première instance et par la cour d'appel de Paris (1).

Même décision de la cour d'appel de Rouen du 17 janvier 1823, rendue dans des circonstances tout à fait semblables (2).

1342 Or, je pourrais faire remarquer que ces deux derniers arrêts de Paris et de Rouen sont fondés surtout sur ce que l'époux demandeur en séparation n'avait pas formé de son vivant l'action en révocation (3).

Je pourrais ajouter que la séparation est quelquefois demandée sans que la révocation des avantages soit demandée en même temps (4); qu'ainsi ces deux arrêts ne sauraient tirer à conséquence.

Lorsque, dans l'instance en séparation, des conclusions sont positivement prises pour obtenir la révocation des avantages nuptiaux, alors, le décès du donateur avant que l'action en révocation n'ait abouti, n'empêche pas les héritiers de reprendre l'action, en tant qu'elle porte sur la révocation de ces avantages, parce qu'en ce cas l'action avait été véritablement formée par le donateur, dans les termes de notre article.

Mais je dirai franchement que même dans l'hypothèse où ils se restreignent, les deux arrêts de Paris et de Rouen ne sont pas juridiques. La demande en séparation formule les griefs et signale l'ingratitude. Elle comprend virtuellement un principe de révocation. Ce principe peut attendre, pour se produire plus tard d'une manière plus opportune. Mais

(1) Paris, 6 juillet 1814 (Devill., 4, 2, 397. Palais, t. XII, p. 297).

(2) Palais, t. XVII, p. 832. Devill., 7, 2, 160.

(3) Voy. les observations de M. Daviel (Palais, t. XVII, *loc. cit.*) et l'arrêt de Rouen précité.

(4) Caen, 22 avril 1839 (Devill., 39, 2, 373).

on ne peut pas dire aux héritiers qu'ils le mettent en mouvement pour la première fois, après le décès du donateur. Celui-ci avait ouvert la lice et pris la voie préalable. Ses héritiers font le moins, après qu'il avait commencé le plus (1).

1343. Comme le délai d'un an est une véritable prescription, il ne court pas entre époux pendant le mariage.

Un époux se fait séparer de corps et de biens pour sévices et injures graves. Il ne demande pas en même temps la révocation des avantages nuptiaux. Il peut n'y avoir pas d'intérêt actuel, lorsque, par exemple, l'avantage consiste dans un usufruit qui ne s'ouvrira qu'à son décès. Il meurt : l'action, suspendue pendant le mariage, en vertu de l'art. 2253 du Code Napoléon, pourra être intentée par ses héritiers dans le délai légal (2). Mais nous reviendrons sur ce point ci-dessous au numéro 1361.

Article 958.

La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939.

Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu

(1) Voy. *infra*, no 1363.

(2) Caen, 22 avril 1839 et 3 mars 1834 (Devill., 39, 2, 373). Rennes, 20 juillet 1843 (Devill., 43, 1, 730, note. Palais, t. XLIV, p. 625). *Junge* Cassat., 17 mars 1835 (Palais, t. XXVI, p. 1517. Dalloz, 35, 1, 199). Rouen, 25 juillet 1829 (Palais, t. XXII, p. 1282. Dalloz, 30, 2, 273).

égard au temps de la demande, et les fruits à compter du jour de cette demande.

SOMMAIRE.

1344. Pour quel motif la loi a respecté ici les aliénations et hypothèques dont la chose a été l'objet avant l'inscription de la demande.

1345. Obligations du donataire dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude.

1346. Indépendamment du prix des biens aliénés, il doit les fruits du jour de la demande en révocation.

1347. *Quid* à l'égard des droits de servitudes et hypothèques qu'il a imposés sur la chose donnée?

COMMENTAIRE.

1344. La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas fondée sur une cause *antiqua et primæva*, qui ait pu affecter la donation (1). Il est clair que le donateur n'a pas prévu, en donnant, cette cause de révocation ; car l'idée seule de verser ses bienfaits sur un ingrat eût arrêté sa générosité dans sa source. De là vient que le fait qui donne lieu à la révocation, étant postérieur à la donation et imprévu, les tiers acquéreurs ou autres, ayant acquis des droits sur l'objet donné, ne peuvent être préjudiciés que par la mauvaise conduite du donataire. *Nemo alterius facto prægravari debet.* C'est ce qu'enseigne Loyseau (2) : « Cette révocation, dit-il, » procède d'une cause depuis survenue, et non d'une cause » exprimée, ou d'un caractère imprimé lors de la tradition » de la chose. D'ailleurs cette ingratitude consiste en » quelque action qui est volontaire, et l'on sait que lors- » que la résolution d'un contrat est opérée *ex causa volun-*

(1) *Contra*, Furgole, XI, 1, 141.
(2) *Déguerp.*, VI, 3, 10. *Supra*, n° 294.

» *taria*, elle ne nuit pas aux tiers (1). » On ne doit donc pas être étonné que notre article respecte les aliénations et hypothèques dont la chose donnée a été l'objet, pourvu que ces hypothèques aient été prises et ces aliénations faites avant que le donateur ait fait inscrire, en marge de la transcription, un extrait de sa demande en révocation.

1345. Mais si les tiers ne doivent pas être troublés ni préjudiciés dans des droits acquis de bonne foi, il ne faut pas non plus que le donatiare conserve, malgré son délit, le prix qu'il a retiré de ces aliénations. C'est pourquoi il doit payer au donateur la valeur des objets aliénés. *Quidquid igitur is qui a matre impietatis arguitur, ex titulo donationis tenet, matri cogitur reddere* (2). La valeur des choses aliénées s'estime au temps de la demande.

1346. Il doit également les fruits du jour de la demande en révocation (3); car jusqu'à ce jour la donation a continué à subsister. C'était l'ancienne jurisprudence avant de devenir loi par un article du Code Napoléon (4).

1347. Mais le donataire doit-il indemniser le donateur des servitudes et hypothèques qu'il a imposées et qui ont diminué la valeur de l'objet donné?

En ce qui concerne les hypothèques, il est clair que le donateur, qui est exposé à en supporter le poids à l'égard des créanciers, doit en être déchargé par le donataire ; autrement le donateur se trouverait exposé à payer, sans indemnité, les dettes d'un autre : ce qui est contraire à la justice (5).

A l'égard des servitudes, la question est plus douteuse :

(1) Loyseau, *loc. cit.*

(2) L. 7, C., *De revoc. donat.*

(3) Furgole, XI, 1, 166.

(4) L. ult., C., *De revoc. donat. Supra,* n° 294.

(5) Furgole, XI, 1, 161, 162, 163. Auroux, *sur Bourbonnais,* art. 225, n° 32; et Dumoulin *sur Paris,* § 33, glose 1, n° 57.

elle partageait les jurisconsultes avant le Code Napoléon. Ricard soutenait que le donateur ne devait pas être indemnisé (1); au contraire, Dumoulin (2) et Furgole (3) pensaient que l'indemnité devait avoir lieu. Cette dernière opinion est plus équitable ; elle est aussi plus logique. Car, puisque le donateur doit être indemnisé des aliénations proprement dites, la raison dit qu'il ne doit pas perdre par les charges qui diminuent la valeur de l'immeuble restitué en nature.

ARTICLE 959.

Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.

SOMMAIRE.

1348. Les donations d'époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sont-elles révocables pour cause d'ingratitude de l'époux donataire ?

1349. L'ancienne jurisprudence admettait sans difficulté la révocation pour cause d'ingratitude des donations en faveur de mariage, quant elles étaient faites d'époux à époux.

1350. Disposition, à cet égard, des Coutumes d'Anjou, de Touraine, de Bretagne, de Normandie, de Hainaut, etc.

1351. La révocation des avantages nuptiaux, au préjudice de l'époux ingrat, était de droit commun.

1352. Mais, s'il s'agissait de donations faites, en vue de mariage, par des étrangers aux époux, la question alors était controversée.

1353. Par l'art. 959, le législateur a voulu faire cesser les controverses sur cette dernière question. — Argument tiré de la discussion au conseil d'État.

(1) No 721.
(2) *Loc. cit.*
(3) XI, 1, 164.

1354. L'amendement tardif qui introduisit dans le système du Code la séparation de corps, n'a pu changer la pensée primitive de l'art. 959.

1355. En résumé, les mots *en faveur de mariage*, de l'art. 959, doivent être pris dans un sens restrictif.

1356. Contradiction, dans le système contraire, de l'art. 959 avec les art. 299 et 1518.

1357. Décision solennelle de la cour de cassation, qui, réformant sa jurisprudence antérieure, contrairement à l'opinion de M. Merlin et malgré les conclusions de M. le procureur général Dupin, admet enfin que les donations entre époux sont révocables pour cause d'ingratitude.

1358. Réfutation des principaux arguments des conclusions de M. le procureur général Dupin.

1359. Réponse à l'objection tirée du silence du Code, quant à la révocation des avantages nuptiaux, en cas de séparation de corps.

1360. Réfutation des objections tentées contre l'influence de l'art. 1518 sur la question.

1361. La séparation de corps fait-elle tomber les donations, de même que le divorce les faisait évanouir ?

1362. Est-il absolument indispensable que la séparation de corps soit prononcée, pour que la révocation des donations nuptiales puisse être admise? — Oui, en ce qui concerne l'époux demandeur;

1363. Non, en ce qui concerne les héritiers, si l'époux offensé est décédé dans l'année.

COMMENTAIRE.

1348. Cet article a été un champ de bataille pour de tristes controverses : il y en a peu qui aient donné lieu à tant de décisions contraires, à tant de solutions dont la morale et l'équité ont eu à s'alarmer. Ce n'est qu'après de longues années de luttes entre la cour de cassation et les cours d'appel que, la mesure étant comblée, la conscience des magistrats a avisé, et que la jurisprudence s'est mise d'accord avec

les principes sacrés qui peuvent la rendre respectable et utile.

Quelle était donc la question qui divisait les esprits? une question bien simple et bien facile. Les donations d'époux à époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sont-elles révocables pour cause d'ingratitude de l'époux donataire? Les plus simples notions du juste répondent par une affirmation catégorique : car l'on ne comprend pas que l'ingratitude, qui est un délit chez un donataire étranger, cesse de l'être chez un époux.

Mais des légistes méticuleux, plus préoccupés du matérialisme d'une formule légale que des grandes vérités de la morale, avaient trouvé devant eux l'art. 959 du Code Napoléon. S'attachant à l'écorce des mots, oubliant les précédents et l'état des faits, ils avaient cru voir dans cet article une exception favorable pour l'époux ingrat; leurs efforts étaient parvenus à renverser une base jusqu'alors incontestée de la jurisprudence française.

1349. Pour comprendre ces précédents dont je parle et dont l'autorité est ici d'une influence décisive, il faut savoir que dans la jurisprudence antérieure au Code Napoléon, l'effet de l'ingratitude sur toutes les donations en faveur du mariage n'avait pas été envisagé du même point de vue. On faisait une distinction entre les donations faites par les étrangers et les donations faites par les époux. A l'égard de celles-ci, nulle difficulté n'avait été soulevée : les textes des coutumes, les arrêts des parlements, tout s'accordait pour punir par la révocation l'époux ingrat. Mais il n'en était pas de même des donations faites par des étrangers : malgré l'opinion dominante qui les assujettissait à la révocation pour ingratitude (1), des doutes subsistaient et de graves

(1) D'Olive, liv. 4, ch. 5. Charondas, liv, 2, rép. 53. Ferrières *sur Paris*.

raisons étaient alléguées pour faire, à leur égard, une exception (1). En effet, la révocation faisait réfléchir la peine de l'époux ingrat sur l'époux innocent et sur ses enfants, ce qui était excessif. Une donation faite pour favoriser un mariage s'étend plus loin que le donataire : elle embrasse celui qui contracte alliance avec ce dernier et la famille qui naîtra de cette union. La révoquer, c'est enlever à la famille tout entière son fondement et son avenir.

On discutait donc sur ce point.

Mais les livres français n'offrent pas de trace de dispute sérieuse, de dissentiment rationnel et scientifique, sur la révocation des donations d'époux à époux (2).

1350. Pourquoi cet accord sur ce dernier point? C'est que les coutumes et la jurisprudence y avaient pourvu.

« Si la femme mariée (disait la coutume d'Anjou) (3) de sa » propre volonté, par fornication, laisse et abandonne son » mari, ou par jugement d'église, par sa faute et coulpe, est » séparée d'avec son mari, et ne soit depuis réconciliée à » lui, elle perd son douaire. »

La coutume de Touraine avait une disposition semblable : « La femme noble ou roturière qui forfait en son mariage, » perd son douaire, s'il y en a plainte faite en justice par » son mari; et autrement, n'en pourra l'héritier faire que- » relle après la mort du mari (4). »

tit. 13, § 4, t. III, p. 1096. Delaurière, *Instit. contract.*, p. 218. Furgole, XI, 1, 106. Ricard, n° 683. M. Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, p. 327.

(1) Voy. M. Merlin, v° *Instit. contract.*, § 9. On s'appuyait sur les lois 70, D., *De jure dotium*, et 24, C., *De jure dotium*. Il faut consulter aussi Delaurière, *Instit. contract.*, t. I, p. 222, 223. Il cite les opinions pour et contre.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, § 9, p. 327.

(3) Art. 314.

(4) Art. 336.

On peut consulter encore la coutume de Bretagne (1), la coutume de Normandie (2), et la coutume de Hainault (3) : c'était le droit commun du royaume, ainsi que l'enseigne Pothier (4).

Ainsi, même dans le cas de douaire qui était si favorable, la loi coutumière voyait, dans la séparation prononcée pour ingratitude de la femme, une cause de révocation. A plus forte raison en était-il ainsi des donations et conventions matrimoniales, et les recueils sont remplis de décisions qui ont consacré ce point de droit et de morale (5). Il n'y aurait pas de plus grande hérésie que de le contester.

D'un autre côté, et en face de cette jurisprudence qui punissait la femme coupable, il y avait une jurisprudence non moins digne d'approbation, qui punissait le mari dont la faute avait donné lieu à la séparation (6).

1351. Ainsi ce point de droit était complet. La révocation des avantages nuptiaux au préjudice de l'époux répréhensible était consacrée, pratiquée, et généralement acceptée comme droit commun (7).

Et pourquoi, d'ailleurs, la controverse se serait-elle insurgée contre ce point de droit ? Est-ce que la famille avait à souffrir de cette sévérité de la morale ? Est-ce que la révocation retirait la libéralité de la famille ? Est-ce qu'elle avait

(1) Art. 455.

(2) Art. 376 et 377, et Basnage, t. II, p. 54.

(3) Ch. 121, n° 10.

(4) *Douaire*, n° 257. Coquille *sur Nivernais*, ch. 14, art. 6.

(5) Brodeau *sur Louet*, lettre J, somm. 4, et lettre A, somm. 16, n°s 9 et 10. M. Merlin, Répert., v° *Séparation de corps*, § 4. Cassat., 10 août 1809, rapporté dans les Questions de droit de M. Merlin, v° *Séparation de corps*, § 1.

(6) Bergier *sur Ricard*, *loc. cit.* M. Merlin, Rép., v° *Séparation de corps*, § 4, et *Instit. contract.*, § 9. Arrêts du parlement de Paris du 7 septembre 1782, du 19 mai 1779, etc. Denizart, v° *Révocation*. Duparc-Poulain t. V, p. 12, n° 17.

(7) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, n° 2132, et les notes.

pour conséquence le trouble profond qu'apporte dans une famille le retrait fait par un tiers de ce qui fait son aisance, de ce qui est le fondement de son avenir ?

1352. Mais quand il s'agissait de donations faites par des étrangers à l'un des époux en vue du mariage, c'est alors que commençait la discussion (nous venons d'indiquer pourquoi) ; c'est alors que la critique éprouvait des doutes ! Et comment la question était-elle posée ? C'est un point curieux à constater : « Quid *des donations en faveur de mariage?* » dit Ferrières (1), quand il examine si les donations faites en faveur de mariage par les père et mère à leurs enfants, sont sujettes à être révoquées par l'ingratitude des donataires. On peut consulter tous les auteurs français : leur langage est le même (2). Malgré la généralité des mots *donations en faveur de mariage* (3), on ne songeait, dans cette discussion, qu'aux donations faites par les tiers (4) et jamais aux donations faites entre époux.

1353. Tel était l'état des choses quand est venu le Code Napoléon. L'art. 959 a été édicté pour faire cesser les controverses et abroger l'ancienne jurisprudence relative aux donations faites par des tiers en faveur du mariage. Nous n'avons pas besoin de dire les grandes raisons qui montrent que, dans l'intérêt de la famille et des enfants, une exception devait être faite par la loi à ces donations, qui s'adressent moins au donataire même qu'à son mariage et à sa postérité.

Mais l'art. 959 a-t-il entendu donner aux mots *donations en faveur du mariage,* un sens différent de celui qu'on lui donnait autrefois dans cette matière, ainsi que Ferrières vient

(1) *Sur Paris*, t. XIII, § 4, au sommaire n° 18.

(2) Delaurière est intéressant à consulter et confirme pleinement cette observation. *Instit. contract.*, t. I, p. 218, 219 et suiv.

(3) Louet, lettre *D*, somm. 46.

(4) Ricard, n°s 682 et suiv. Expilly, ch. 126. Boniface, t. II, p. 433.

de nous le prouver? Non! Il a pris ces expressions comme on les prenait dans tous les livres. Il est même de toute impossibilité, si l'on veut y réfléchir, que l'art. 959 ait embrassé les donations entre époux.

En voici la preuve.

Le projet présenté aux cours et tribunaux ne parlait pas de la séparation de corps, laquelle n'a été introduite que par amendement lors de la discussion au conseil d'Etat. Le projet primitif ne connaissait que le divorce.

D'un autre côté, ce même projet renfermait l'art. 959 (1). Il déclarait que les donations en faveur du mariage n'étaient pas révocables pour cause d'ingratitude.

Or, je le demande, est-il possible que cet article portât sa pensée sur les donations entre époux? Evidemment non! puisque l'art. 299, au titre du divorce, faisait positivement tomber ces donations pour cause d'ingratitude. Je dis « pour » cause d'ingratitude, » parce que M. Treilhard a dit, en termes formels, que l'art. 299 était fondé sur cette cause.

« Lorsque l'époux, disait ce conseiller d'Etat, se trouve » convaincu de faits tellement atroces que le divorce doit en » être la suite, jouira-t-il d'un bienfait qui devait être le prix » d'une constante affection et des soins les plus tendres? » Non! Il s'est placé au rang des ingrats : il sera traité » comme eux. Il a violé les premières conditions du contrat; » il ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions (2). »

Voilà donc l'ingratitude prise en considération par le législateur pour les donations entre époux! La voilà posée par lui comme base de révocation. Il est vrai que cette révocation, au lieu d'affecter les formes ordinaires de l'action pour ingratitude, doit se produire entre époux sous la figure du

(1) Fenet, t. II, p. 285.
(2) Fenet, t. IX, p. 488.

divorce. On en comprend la raison : c'est que l'ingratitude peut être remise, et que la continuation de la cohabitation, de la vie commune est considérée comme une renonciation à l'action en révocation (1). Mais il n'en est pas moins vrai que l'ingratitude, ce fondement du divorce, est aussi le fondement de la révocation.

Je sais bien que le divorce pouvait n'être pas toujours fondé sur l'adultère, les sévices, les excès; il pouvait résulter, aux termes de l'art. 232 du Code Napoléon, de la condamnation de l'époux à une peine infamante, et dans ce cas particulier, la révocation des avantages est fondée sur l'indignité et non sur l'ingratitude. Mais M. Treilhard n'en a pas moins exposé la raison fondamentale de l'art. 299 dans les cas d'excès, sévices, injures, etc. Quelle serait donc alors la cause de la révocation ? N'est-il pas vrai qu'il y a parfaite concordance entre l'art. 299 et l'art. 955 ?

Ceci posé, il devient clair que dans la pensée primitive de l'art. 959, les donations entre époux sont en dehors de cet article. L'art. 959 eût été menteur pour ceux qui l'ont fait, et, pour le lecteur, s'il se fût appliqué aux donations entre époux, précisément révocables pour cause d'ingratitude. Il est palpable qu'il ne comprenait que les donations faites par les tiers.

1354. Or, le sens des mots a-t-il changé parce qu'un amendement tardif a introduit dans le système du Code Napoléon la séparation de corps ? Non ! Et les preuves abondent.

Comment, en effet, la séparation, empruntée à l'ancien droit, aurait-elle enlevé aux termes de l'article 959 un sens qu'ils avaient dans l'ancien droit ?

Comment la séparation de corps, destinée à produire

(1) *Infra*, no 2137.

(abstraction faite du lien) les mêmes effets que le divorce (1), aurait-elle engendré dans l'art. 959 des conséquences que n'y engendrait pas le divôrce?

On n'a qu'à se reporter, d'ailleurs, aux explications données par les orateurs sur l'art. 959 du Code Napoléon.

» Les donations en faveur du mariage sont exceptées, » parce qu'elles ont aussi pour objet les enfants à naître » qui ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du do- » nataire (2).

» Les donations en faveur du mariage sont exceptées, et » vous en sentez la raison. Elles sont moins une libéralité » en faveur du donateur qu'un traité entre deux familles, » en considération d'une union qui doit donner le jour à » des enfants appelés à les recueillir (3). »

On le voit : le législateur n'est préoccupé que des donations faites par les tiers, qui sont le patrimoine de la famille, qui assurent son avenir, et font la fortune des enfants. Cela n'a rien de commun avec les donations entre époux, dont la révocation ne change rien au sort de la famille et des enfants.

Et puis, n'oublions pas l'art. 308 du Code Napoléon qui *authentique* la femme adultère, ainsi qu'on le disait autrefois (4), qui l'expose au mépris public et la met en prison. Et l'on voudrait que le législateur qui, au titre de la séparation, venait de la traiter avec cette rigueur, eût tout à coup changé d'avis au titre des donations! On voudrait qu'il

(1) M. Rœderer disait, en effet : « Au delà, les effets sont les mêmes. » (Fenet, t. IX, p. 366).

(2) M. Bigot (Fenet, t. XII, p. 636).

(3) Le tribun Sedillot (Fenet, t. XII, p. 636).

(4) On appelait autrefois la femme adultère qui avait été fustigée et consignée dans un monastère, d'après l'authentique *Sed hodie*, au C., *De adulteriis : Femme authentiquée.*

eût autorisé cette femme coupable à conserver la libéralité qu'elle tient de son mari outragé ! Il ne faut pas prêter à la loi de si énormes absurdités!

1355. Ainsi tout s'accorde pour établir que l'art. 959 a pris les mots donations *en faveur du mariage* dans un sens restrictif : langage de l'ancien droit; origine de l'art. 959 ; idée attachée de tout temps à la séparation; explications des orateurs; absurdité des résultats. On ne saurait trouver un concours de raisons plus décisives pour démontrer que l'article 959 a conservé son sens primitif et que l'introduction de la séparation de corps n'y a rien changé. Je ne sache pas qu'on ait jamais répondu à ces arguments.

Tout le monde sait, cependant, qu'en général les mots *donations en faveur de mariage* ont un sens plus large : témoin l'art. 960. M. Merlin et d'autres après lui, auraient pu s'épargner la peine de le prouver. Mais, ici, dans ce cas particulier, avec toutes les preuves qui précèdent, la force des choses est telle, qu'ils ne peuvent comprendre que les donations faites par des étrangers.

1356. Qu'arriverait-il si l'art. 959 avait le sens général et absolu que le matérialisme littéral semble lui donner au premier coup d'œil? Il serait en contradiction flagrante avec d'autres dispositions capitales du Code Napoléon; il mentirait à l'évidence.

Il heurterait, en effet, l'art. 299 qui révoque les donations entre époux pour ingratitude; il heurterait encore l'art. 1518 du Code Napoléon, qui, en cas de séparation, porte atteinte au préciput au préjudice de l'époux coupable (1). Cet article est très-notable : il est même décisif et révèle avec un haut degré d'évidence le système général du législateur. Il montre combien serait énorme l'erreur de

(1) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, nº 2132.

ceux qui prendraient l'art. 959 avec une portée illimitée.

1557. C'est, cependant, dans cet état de choses et lorsque la plus simple réflexion aurait pu éclairer l'art. 959 du jour propice de la critique, que M. Merlin d'abord (1) et la cour de cassation ensuite (2) se sont laissé entraîner à prendre ce texte avec un malheureux formalisme et l'ont fait servir, contre leur gré, aux plus révoltants scandales.

M. Merlin reconnaît pourtant que la révocation ne serait pas douteuse, « si l'on devait s'en rapporter aux actions du » juste et de l'injuste »; ce qui ne l'empêche pas d'admettre, avec le plus grand sang-froid du monde, une chose qui lui apparaît comme une injustice criante. Il lui suffit d'un argument tiré de la lettre. Il ne fait pas un effort pour voir si cette lettre n'est pas interprétée contre le vœu du législateur, et s'il n'y a pas quelque bonne raison à donner en faveur du juste contre l'injuste.

Mais d'autres, plus soucieux de mettre le droit en harmonie avec la morale, ont fait cet effort et le succès a couronné leur entreprise. Un arrêt rendu par la cour de cassation, en audience solennelle, le 23 mai 1845, a décidé, enfin, que les donations entre époux sont révocables pour cause d'ingratitude (3). Changement mémorable dans les annales de la cour de cassation! Noble retour d'une magistrature si haut placée qu'elle ne craint pas de reconnaître ses erreurs. J'étais alors conseiller à la cour de cassation, et je pris une part aussi active qu'il me fut possible au résultat

(1) Quest. de droit, v° *Séparation*, § 1. Répert., v° *Séparation*, § 4.

(2) Ses arrêts n'ont été que trop nombreux.

(3) Devill., 45, 1, 321. Palais, t. XLIV, p. 626. *Junge* Cassat. 17 juin 1845 et 28 avril 1846 (Devill., 46, 1, 52 et 583). Paris, 5 février 1847 (Devill., 47, 2, 91). Colmar, 15 juillet 1846 (Devill , 47, 2, 196), et plusieurs autres rapportés par Devilleneuve, 47, 2, 91, note, et qui prouvent que cette jurisprudence n'est plus contestée aujourd'hui, ce dont doivent s'applaudir tous ceux qui ont pris part à ce grand progrès.

consacré par le vote de la majorité. La tâche fut rude : car M. Dupin, procureur général, soutint avec force la jurisprudence matérialiste, contre laquelle des cours d'appel s'étaient roidies avec énergie; il crut devoir suivre les errements tracés pas son illustre prédécesseur, M. Merlin. Il ne fallut rien moins qu'un délibéré de sept heures et demie pour repousser, à une majorité de dix-huit contre seize, les conclusions du procureur général et opérer dans la jurisprudence cette heureuse révolution.

1358. Il y eut seulement cette différence entre l'ancien et le nouveau procureur général, que le premier avouait qu'il faisait au texte de l'art. 959 un sacrifice pénible pour la morale ; ce qui fait que tous les martyrs de la lettre avaient dit après lui : « Oui! la loi est mauvaise, mais que voulez-» vous? *dura lex, sed lex est ;* faites changer la loi (1). »

M. Dupin alla plus loin : pour la première fois, il entreprit de prouver qu'une loi opposée à la révocation est une loi bonne et morale. Entre tous les points si faibles de ses conclusions, celui-ci est le plus débile. Le paradoxe de l'orateur s'élève si fort au-dessus de son talent, qu'on n'aperçoit plus que l'erreur dans sa nudité sophistique. Qui ne voit, en effet, que le droit de révocation est un frein pendant le mariage, qu'il maintient l'observation du devoir; qu'il est un moyen répressif puissant ; qu'au contraire l'irrévocabilité est un appât pour les manquements ; qu'elle porte à la licence; qu'elle fortifie les mauvais sentiments par l'espoir d'une fortune indépendante; qu'une épouse adultère ne sera pas fâchée de jouir de la donation avec son complice ; qu'enfin, tandis que la loi enlève à un étranger ingrat les avantages d'une donation, il est souverainement inique de les laisser à un époux qui, en face des autels et de la so-

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 211, et bien d'autres.

ciété, a promis d'une manière spéciale, amitié, affection, fidélité?

Le savant procureur général se montre très-préoccupé de la stabilité des contrats de mariage. Mais je voudrais bien savoir si l'ancienne jurisprudence ne s'en préoccupait pas aussi autant que qui que ce soit, et si pourtant sa haute sagesse n'avait pas vu qu'il y avait des fautes de l'époux qui méritaient la perte des avantages nuptiaux. Le contrat de mariage est soumis à une double condition : d'abord, que le mariage sera célébré ; ensuite, qu'il subsistera avec l'obligation des devoirs qu'il impose. S'il y a manquement, la justice prononce la séparation, d'après le droit commun ; on liquide, et les avantages sont retirés au coupable, *causa data, causa non secuta*. Comment! c'est en présence de l'art. 1518, que M. Dupin propose un tel argument! C'est en présence de l'ancienne jurisprudence et de ses salutaires rigueurs ! On dirait vraiment, à entendre M. Dupin, qu'il oublie que le contrat de mariage a vécu pendant des siècles sur les idées que nous soutenons, et que c'est cette ancienne jurisprudence dont nous nous appuyons, qui a fondé le principe de la stabilité des stipulations matrimoniales.

M. Dupin ajoute que sans les avantages, le mariage n'aurait pas eu lieu, et il a raison. Mais par contre, sans la promesse d'affection, l'époux donateur n'aurait pas donné. L'époux ingrat ne peut donc s'en prendre qu'à lui-même d'une révocation dont il est la cause.

Mais je m'aperçois que j'insiste sur des idées que la raison accueille d'elle-même; qu'au contraire, c'est par de singuliers efforts de raisonnement qu'on colore, tant bien que mal, la thèse opposée à la révocation : que la morale, la justice, le bon sens, parlent si haut sur cette question, que ce n'est pas d'elle qu'on peut dire qu'elle est *grandement mêlée de pour et de contre*.

1359. Ajoutons cependant encore un mot sur quelques objections de détail.

On vient de trouver, dans ce qui précède, d'assez graves considérations, qui se tirent de la justice et de la morale, de la liaison de l'ancien droit avec le nouveau, de la confection du Code Napoléon, des discours des orateurs. A tout cela, les conclusions de M. Dupin n'ont opposé que le silence ou d'assez légers arguments. En revanche, les partisans de sa thèse viennent nous demander d'un ton victorieux : Pourquoi le législateur a-t-il cru nécessaire de s'expliquer pour le cas de divorce, et pourquoi a-t-il gardé le silence en cas de séparation de corps? Vraiment, voilà un aperçu lumineux, un point de vue profond, un moyen large et puissant!

Cependant, comme il faut répondre aux petites choses comme aux grandes, je dirai aux inventeurs de cet argument foudroyant, que Pothier aussi a omis de s'expliquer sur les suites de la séparation de corps par rapport aux avantages nuptiaux (1); et cependant il n'était pas moins certain que la séparation faisait perdre les avantages, comme, du reste, il l'a enseigné lui-même ailleurs (2). Le Code a fait comme Pothier : il s'est tu comme lui; mais il a parlé ailleurs dans les art. 955, 955 et 1518. On sait, d'ailleurs, à combien de tiraillements et de remaniements a été soumis le chapitre de la séparation de corps. Est-il étonnant que ce point ait été omis? Croit-on qu'en établissant la séparation, on ne l'ait pas prise avec les effets qu'elle avait dans la jurisprudence à laquelle on l'empruntait? Pense-t-on que les rédacteurs du Code aient entendu faire un si grand changement sans en rien dire (3), eux qui avaient trouvé l'ancienne jurisprudence

(1) *Contrat de mariage*, n° 522.
(2) *Douaire, loc. cit.*
(3) Voy. l'art. 1518.

si sage, en cette partie, qu'ils l'avaient étendue au divorce?

Et puis l'art. 299 était beaucoup plus nécessaire au titre *du divorce* qu'au titre *de la séparation*. Il fallait distinguer, dans le divorce, le cas de divorce par consentement mutuel et celui de divorce pour sévices, injures, excès.

1360. Enfin, dans le système de M. Dupin, on a essayé de repousser l'influence de l'art. 1518, en disant que si le préciput cesse par la séparation, ce n'est pas à cause de l'ingratitude de l'époux, mais parce que la séparation fait cesser la collaboration des époux.

Mais, de bonne foi, cette réponse a-t-elle quelque portée sérieuse? Comment M. Dupin ne voit-il pas que le préciput ne cesse que pour l'époux coupable et pas pour l'époux innocent? Comment ne voit-il pas que si on ne liquide pas suivant le contrat à l'égard de l'époux coupable, c'est parce qu'il y a de sa part, faute, ingratitude appelant une punition, et que les art. 955 et 955 produisent ici leur effet!

1361. Maintenant nous touchons à une question qui suit la précédente et qui a son importance.

La séparation de corps fait-elle tomber les donations *ipso jure*, de même que le divorce les faisait évanouir d'après l'art. 299 du Code Napoléon?

Commençons par dire qu'il est rare que la demande en séparation ne soit pas accompagnée de la demande en révocation des avantages matrimoniaux (1). Et lorsque les torts de l'époux sont assez graves pour faire prononcer la séparation, ils entraînent, par suite, la révocation des donations et avantages matrimoniaux.

(1) Exemples : Arrêts des 4 juillet et 7 septembre 1782 (Répert., v° *Séparation*, § 1, n° 4, p. 436). Arrêts des 6 février 1783 et 26 février 1723 (*loc. cit.*, § 4, p. 464).

Mais il peut arriver aussi que l'époux offensé ne demande pas la révocation. On en trouve des exemples (1).

Alors deux partis ont été ouverts. Le premier consiste à dire que la séparation prononcée pour des cas d'ingratitude entraîne virtuellement la révocation. Telle est la jurisprudence aujourd'hui la plus constante. Elle résulte de l'arrêt solennel du 23 mai 1845 et de ceux qui l'ont suivi (2). Cette jurisprudence prend au titre du divorce l'art. 299 : elle l'applique, non comme argument, mais comme règle. Partant de là, les héritiers trouvent la révocation dans la succession de leur auteur, ils s'en emparent comme d'un droit acquis, sinon consommé.

Le second parti consiste à dire qu'à la vérité la révocation peut n'être pas de plein droit; c'est ainsi que, dans l'ancienne jurisprudence, la séparation, qui pouvait être le principe d'une action révocatoire, ne révoquait pas les libéralités *ipso jure* (3) : mais que l'action des époux a sommeillé pendant le mariage et qu'elle s'ouvre à son décès au profit des héritiers (4).

Mais cette action n'est pas aussi radicale que l'autre ; elle est plus susceptible d'entraves et de fins de non-recevoir ; elle est moins efficace et par cela même, nous donnons la préférence à l'autre opinion.

1362. Reste à examiner s'il est absolument indispensable que la séparation de corps soit prononcée pour que la révocation des donations nuptiales puisse être admise.

En ce qui concerne l'époux demandeur, il faut qu'il soit armé d'un jugement de séparation, et c'est ainsi que ce point

(1) *Supra*, n° 1343.
(2) *Supra*, n° 1357, à la note. *Infra*, n° 3095.
(3) M. Merlin, Répert., v° *Séparation de corps*, § 4.
(4) *Supra*, n° 1343, les arrêts cités.

de droit était entendu dans l'ancienne jurisprudence (1). La raison en est simple : d'après le droit commun, la réconciliation et le pardon élèvent une fin de non-recevoir contre la demande en révocation pour cause d'ingratitude (2). Or, l'époux qui ne demande pas la séparation est censé ne pas trouver l'injure assez grave, ou l'avoir pardonnée. Pourquoi donc vient-il demander la révocation ? La non-séparation de corps laissant continuer la cohabitation, fait supposer l'*osculatio*, ou la *comessatio* qui sont des marques de réconciliation. D'ailleurs, entre époux, *res non sunt amare tractandæ*.

1363. Mais il est possible que l'époux offensé soit décédé dans l'année du délit, sans le connaître ou sans avoir eu le temps de le poursuivre. Alors l'action passe aux héritiers et l'ingratitude peut servir de base à l'action, bien qu'elle ne soit pas fortifiée par un jugement de séparation (3).

Où arriverait-on, si on se laissait aller à d'autres idées ? Un mari donne la mort à sa femme comme un autre duc de Praslin. Est-ce que les héritiers de la femme n'auront pas une action pour faire révoquer la donation faite par la femme au mari ? Quel serait donc le caractère de la loi, si elle passait indifférente devant de tels forfaits et si elle laissait la justice civile désarmée ? Et quelle est l'illusion des jurisconsultes qui pensent que les donations entre époux ne sont pas révocables pour ingratitude ?

ARTICLE 960.

Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants ac-

(1) *Supra*, n° 1350, le texte de la coutume d'Anjou.
(2) *Supra*, n° 1325.
(3) *Supra*, n° 1336.

tuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation.

Article 961.

Cette révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation.

SOMMAIRE.

1364. De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfant, en droit romain.

1365. La loi parle ici le langage de l'amour paternel.

1366. Jurisconsultes qui ont élevé des doutes sur la légitimité de cette disposition. — Opinion de Doneau.

1367. Réfutation.

1368. Au conseil d'État, le système de Doneau fut abandonné, non sans avoir été discuté.

1369. Des enfants dont la naissance fait révoquer la donation. — Des enfants légitimés.

1370. Des enfants légitimés.

1371. Pourquoi le Code n'a admis ici que les enfants légitimés nés depuis la donation.

1372. Quant à la naissance des enfants naturels, même reconnus, elle ne saurait avoir aucune influence sur les donations antérieures.

1373. Il en est de même de l'adoption.

1374. Il faut, de plus, que les enfants légitimes ou légitimés, nés depuis la donation, soient nés viables.

1375. *Quid* des enfants venus au monde par suite d'opération césarienne et du part monstrueux? — Renvoi.

1376. L'enfant conçu au moment de la donation n'est pas réputé né.

1377. Les enfants qui naissent après que leur père a fait une donation n'opèrent pas la révocation de cet acte, lorsque déjà ils avaient des frères ou des sœurs existants au moment de la donation.

1378. La donation faite par un père, dans la fausse opinion de la mort de son fils absent, pourrait être révoquée par le retour de ce fils.

1379. Le donateur dont le fils unique, au moment de la donation, est mort civilement, serait-il réputé sans enfants?

1380. La naissance d'un enfant légitime fait-elle évanouir la donation faite à une époque à laquelle le donateur avait un enfant naturel? — Distinction. — Non, si la donation dont il s'agit a été faite à l'enfant naturel.

1381. Mais que décider si la donation a été faite non à l'enfant naturel, mais à un étranger?

1382. L'enfant né d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des contractants, et légitimé par la bonne foi de l'autre, donne-t-il lieu à la révocation de la donation?

1383. Le donataire est autorisé à repousser l'action en révocation, en prouvant la fraude d'une prétendue filiation légitime.

1384. Quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfants. — Des donations pour cause pie dans l'ancien droit.

1385. La loi *Si unquam* était-elle applicable aux donations à cause de mort?

1386. Dissentiments sur la portée de cette loi relativement aux différentes espèces de donations.

1387. L'ordonnance de 1731 soumit à la révocation toutes les donations quelconques.

1388. Le Code Napoléon adopta ce principe et n'admit d'exception qu'en faveur des donations à cause de mariage faites entre les conjoints ou par les ascendants des conjoints.

1389. La donation faite entre futurs époux n'est pas même révocable par la survenance d'enfants issus d'un second mariage

1390. Avant l'ordonnance de 1731, il y avait doute sur le point de savoir si la donation faite par un père à son fils unique était révoquée par la survenance d'autres enfants.

1391. La donation serait irrévocable, même dans le cas où l'ascendant aurait donné à sa bru, ou à son gendre, par contrat de mariage.

1392. *Quid* des donations mutuelles? — Définition et caractère de ces sortes de donations d'après les anciens auteurs.

1393. L'ordonnance de 1731 les regardait comme des donations véritables, et le Code les a soumises aux règles des donations ordinaires.

1394. Différence entre la donation mutuelle et la donation avec charges.

1395. Dans le cas de donation mutuelle, lorsqu'il survient des enfants à l'un des donateurs, la réciprocité de situation étant rompue, la double donation est révoquée.

1396. Les donations avec charges peuvent aussi être révoquées pour cause de survenance d'enfants.

1397. Il en est de même des donations rémunératoires.

1398. *Quid* des remises de dettes et renonciations à des droits acquis? — Distinctions.

1399. Peu importe qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'acte de la remise de la dette.

1400. Les donations déguisées sous forme de contrat onéreux peuvent aussi être révoquées pour survenance d'enfants.

1401. Il en est de même des dispositions réglées par l'art. 1840 du Code.

1402. Peu importe la valeur des choses données.

1403. Renvoi quant aux donations testamentaires.

1404. La révocation pour survenance d'enfants a lieu de plein droit.

1405. Il suffit au donateur de notifier au donataire la naissance de l'enfant.

1406. La donation étant révoquée, le donateur peut disposer de nouveau, même à titre gratuit, des biens recouvrés.

1407. Espèce jugée par la cour de Riom.

1408. Des personnes auxquelles appartient l'action en révocation.

COMMENTAIRE.

1364. La révocation des donations pour survenance d'enfants (1) tire son origine de la fameuse loi *Si unquam*, C., *De revoc. donat.*, dont voici les termes : *Si unquam libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum* (2).

Cette loi est une réponse des empereurs à une consultation du préfet de la ville, au sujet d'une contestation entre un patron et un affranchi. Prise textuellement, elle ne parle donc que des donations faites par les patrons à leurs affranchis. Mais l'interprétation remonta jusqu'à la cause même de la décision impériale; elle y trouva une de ces raisons de piété et d'affection qui ont un caractère de généralité et qui dominent toutes les espèces; car, comme le dit Cujas : *in omnibus ratio legis valet, quæ posita est in ratione pietatis* (3), et bientôt la loi *Si unquam* fut étendue par l'usage et par l'identité de raison, c'est-à-dire *conjectura pietatis*, à tous les donateurs sans exception. Comme elle portait sur un sujet très-intéressant et très-usuel, elle fut l'objet de divers traités et commentaires qui servirent à guider la jurisprudence jusqu'à l'ordonnance de 1731, laquelle sanctionna, par son article 39, l'extension donnée à la loi *si unquam*. La disposi-

(1) Voy. l'ouvrage de Tiraqueau sur la loi *Si unquam*, et le *Traité de la révocation des donat. par survenance d'enfants*, d'Arnaud de la Rouvière, imprimé à la suite du *Traité des donat.* de Ricard; d'Olive, 3, 5; Basnage sur l'art. 449 de la *Coutume de Normandie*; Furgole sur l'ord. de 1731; Voët. *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, nos 26 et suiv.; Cujas, 20, *observ.* 5; Fachinæus, 3, *cont.* 85; Ferrières *sur Paris*, t. III, p. 1109.

(2) L. 8, C., *De revoc. donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 40, no 48.

(3) *Loc. cit.*

tion du Code que nous commentons, est presque tirée mot pour mot de cet art. 39.

1365. Le véritable fondement de cette révocation est donc l'affection paternelle, qui fait supposer que le père, au lieu de donner son patrimoine et sa propre substance, l'aurait réservée pour ses enfants, s'il eût prévu qu'il en aurait. La donation se trouve ébranlée dans sa cause : la loi présume que toute donation faite par un individu sans enfants est subordonnée à la condition prévue et acceptée par le donataire, qu'il rendra la chose donnée, si des enfants plus haut placés que lui dans l'affection du donateur, surviennent à ce dernier. La loi parle ici le langage de l'amour paternel ; elle veille pour les enfants à venir ; elle conserve au père de famille des moyens assurés pour nourrir, élever et doter ceux qui seront procréés de son union.

1366. Nous devons reconnaître, cependant, que beaucoup de jurisconsultes très-autorisés ont élevé des doutes sur la légitimité de ce point de droit : je puis citer Doneau (1), Voët (2) et Vinnius (3). Le premier, surtout, a longuement discuté la question. Prenant la loi *Si unquam* comme un cas particulier et non comme une règle générale, il veut que la faveur particulière accordée par exception à la personne du patron donateur, n'appartienne pas à d'autres. Pourquoi donc étendrait-on la loi *Si unquam* à des cas qu'elle ne prévoit pas ? Pourquoi la faire sortir du cercle restreint qu'elle embrasse ? N'y a-t-il pas des principes généraux qui s'élèvent contre cette extension ? Sans parler de l'adage d'après lequel les priviléges ne doivent pas être étendus, il est une règle considérable et décisive qui veut que les actes parfaits *ab initio* ne

(1) Sur la loi *Si unquam*, nos 17, 18, 19 et suiv.
(2) *Ad Pand.*, lib. 39, t. V, no 26.
(3) *Quæst. selectæ*, lib. 2, c. 32.

soient pas ébranlés par des événémenst postérieurs. *Quæ ab initio rectè gesta perfectaque sunt, eventu non infirmantur.* Et cete règle est vraie, même alors que les événements postérieurs mettraient la chose dans une situation qui, si elle eût existé avant le contrat, l'aurait empêché d'avoir lieu (1). Combien, à plus forte raison, est-elle incontestable, lorsque ces événements mettent les parties dans une situation qui n'aurait pas empêché le contrat! Car, enfin, rien n'empêche un homme qui a des enfants de faire une donation à un étranger, et cela se voit tous les jours. On maintiendrait la donation si le donateur avait eu des enfants lorsqu'il a donné, et on refuse de la maintenir parce n'en ayant pas quand il a donné, il lui en survient *ex post facto!* Où est le motif d'enlever au donataire ce qui lui est acquis, ce qui lui appartient, ce qui lui a été donné sans condition, sans réserve (2)? Depuis quand le regret de l'une des parties peut-il affaiblir la vertu de ce qui a été conclu avec le concours de deux volontés? C'est surtout en matière de donation qu'il faut tenir à ces principes : car les donations sont irrévocables; elles ne cessent de l'être que quand le donateur a exprimé une cause de révocation. Que s'il a gardé le silence, s'il n'a pas dit quand, comment, dans quel cas une révocation pourrait avoir lieu, l'irrévocabilité de la donation est la règle supérieure et inflexible (3).

Est-il vrai, d'ailleurs, que la survenance d'enfants soit suffisante pour opérer la révocation de la donation? Non, et la preuve en est évidente : d'après les lois elles-mêmes, si un testateur n'ayant pas d'enfants fait un legs, sa disposition n'est pas révoquée par la naissance d'un posthume (4).

(1) L. 85, § 1, D., *De reg. juris* (Paul). Instit., *Quib. non est permiss. fac. test.*, § 1, au mot *Furiosi.*

(2) L. 2, D., *De his qui sunt sui.* L. ult., D., *De pactis.*

(3) L. 1, D., *De donat.*

(4) L. 16, D., *De jure cod.* (Paul, 21 quæst.).

Voilà donc qu'un acte révocable de sa nature n'est pas révoqué par la naissance d'un enfant; et l'on voudrait que ce fait révoquât un acte irrévocable (1)!

On parle de la faveur des enfants qui naissent *ex post facto;* sans la nier, il est permis de répondre avec avantage que nul ne peut, par son fait, enlever à autrui un droit ou une action qui lui appartient (2).

Au reste, la question est tranchée par saint Augustin dans un passage remarquable dont s'est emparé le droit canon (3). Un individu, qui n'avait pas d'enfants et qui n'en espérait pas, avait donné tous ses biens à l'Église, avec réserve d'usufruit. Plus tard, il eut des enfants, et sa position se trouva changée. Que fit alors Aurélius, évêque de Carthage? Il pouvait, assurément, garder tous ces biens, d'après le droit civil : néanmoins, il crut que l'équité parlait en faveur de ce père de famille, et il lui fit restitution des biens donnés, quoiqu'il ne s'y attendît pas : *Reddidit episcopus ea quæ ille donaverit : in potestate habebat episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli* (4). Saint Augustin n'était pas étranger au droit, comme le prouvent ses écrits, et le voilà qui nous apprend que de son temps, les lois civiles, les constitutions impériales ne déclaraient pas les donations entre-vifs révocables pour survenance d'enfants. La loi *Si unquam*, antérieure de beaucoup à son époque, n'était donc pas applicable en dehors du cas spécial qu'elle prévoit, et l'on peut dire que telle était l'opinion des jurisconsultes du temps de Théodose.

1367. Les observations de Doneau ne sont pas sans force.

(1) N° 20 *in fine*.

(2) N° 20.

(3) *Decreti secunda pars*, c. 17, q. 4, c. 43.

(4) *Jure poli*, c'est-à-dire *jure cœli*. Ce passage est tiré du sermon 2, *De vita clericorum*.

Cependant, nous approuvons la jurisprudence qui, s'emparant d'un texte favorable à la cause de la famille, l'a étendu, par une grande identité de raison, à des cas semblables. Il est certain que celui à qui il survient des enfants, éprouve, dans l'ordre de ses affections, un changement radical, et que l'on peut dire, à coup sûr, qu'il ne se serait pas dépouillé pour un étranger, s'il avait connu la tendresse paternelle. D'un autre côté, le donataire peut-il, équitablement, garder des biens qui ne lui ont été donnés que par l'effet de sentiments qui n'auraient pas existé s'il y eût eu des enfants? Il sera donc assez dur pour se préférer aux enfants de son donateur? Il aura le courage de les voir pauvres, et de se parer des richesses de leur père? Non! la survenance d'enfants est un cas si grave qu'il donne lieu à une restitution en entier. Les parties ne savaient pas ce qu'elles faisaient; elles se seraient autrement comportées si le donateur eût su le bienfait que la nature lui réservait. Lui, il n'aurait pas diminué son patrimoine, et le donataire n'aurait pas voulu s'enrichir aux dépens des enfants.

C'est ce qu'avait très-bien compris l'évêque de Carthage, et je ne conçois pas que Doneau cite ce fait à l'appui de sa doctrine. Je veux bien que du temps de saint Augustin, la loi *Si unquam* n'ait pas reçu l'extension qu'elle a reçue depuis, bien qu'il soit possible de contester cette manière de voir (1). Mais voyez ce qu'en pense l'équité! Voyez ce que la conscience dicte à Aurélius! Et n'est-ce pas une loi civile excellente et profondément philosophique, que celle qui se met ainsi d'accord avec la justice naturelle?

C'est donc après avoir fouillé dans les entrailles même de la nature, que le législateur a décidé que toute donation entre-vifs faite par un homme sans enfants contient en soi

(1) Fachin, 3, *cont.* 86.

implicitement, mais nécessairement, la condition : *si liberos non susceperit.*

1368. Disons, toutefois, que, lors de la rédaction du Code Napoléon, le système de Doneau trouva des appuis dans le conseil d'État (MM. Treilhard et Tronchet, par exemple) (1)); un article avait même été proposé dans le projet pour le consacrer et abroger, sur ce point, l'ordonnance de 1731 (2). Le consul Cambacérès contribua beaucoup à faire rejeter cette innovation (3), et à maintenir le droit ancien.

Il est vrai qu'un motif puissant d'économie politique peut être invoqué pour combattre notre art. 960. On dit qu'il en résulte une grande incertitude dans les propriétés, que les enfants peuvent ne venir qu'un grand nombre d'années après la donation, que le donataire s'est accoutumé à jouir de la chose, qu'il a pu l'aliéner, se la constituer en dot et intéresser des tiers à sa possession.

Ces considérations ont de l'importance, mais elles ne peuvent l'emporter sur la loi naturelle qui subordonne toutes les affections à l'affection paternelle (4). Le donataire sait à quoi s'en tenir ; il doit régler sa conduite, ses espérances et ses actes sur le droit résoluble qui lui a été conféré.

1369. Il faut maintenant parler des enfants dont la naissance fait révoquer la donation.

Des questions assez délicates se présentent ici, et l'on prévoit sans peine que ce sont les enfants naturels qui les font surgir.

Et d'abord, il est clair que ce sont les enfants légitimes qui ont été l'objet de la pensée du législateur. Il n'a fallu

(1) Fenet, t. XII, p. 374, 375.
(2) Art. 65 (Fenet, p. 372).
(3) Id.
(4) M. Bigot de Préameneu (Fenet, t. XII, p. 351).

rien moins que la famille, et les affections puissantes qu'elle entretient, pour ébranler des actes qui, par leur nature, sont inébranlables.

C'est donc, avant tout, des enfants légitimes que parle l'art. 960. La légitimité a des droits si considérables, qu'elle s'élève au-dessus de tous les autres intérêts. Si l'enfant n'est pas protégé dans son état par le loyal mariage de ses père et mère, sa naissance n'a pas d'efficacité pour renverser une donation irrévocable (1).

1370. On ne pouvait cependant pas exclure les enfants naturels légitimés; car la légitimation par mariage subséquent efface l'irrégularité originaire de la naissance (2). Elle fait supposer que l'enfant a toujours été légitime. *Legitimatus non differt a legitimo* (3). Aussi, notre article assimile-t-il l'enfant légitimé à l'enfant légitime.

1371. Mais, comme il y a deux traits de temps dans l'état d'un enfant légitimé, à savoir : la naissance et la légitimation postérieure, on s'est demandé quel devrait être le sort d'une donation placée entre le premier et le second événement. La légitimation, acte civil en quelque sorte, acte de la loi, sera-t-elle assimilée au fait naturel de la naissance de l'enfant légitime? Quoique l'enfant naturel soit né avant la donation, la légitimation, qui intervient après, fera-t-elle tomber la donation, ainsi que le ferait la naissance d'un enfant légitime?

L'ancienne jurisprudence avait varié sur ce point délicat. Dumoulin et Furgole soutenaient que la légitimation, postérieure à la donation, d'un enfant né auparavant n'ébranlait

(1) Normandie, art. 449. Furgole, *quest.* 17, nos 1 et 2.

(2) Art. 333, C. Nap.

(3) Godefroy sur la loi 8, C., *De revoc. donat.* Louet et Brodeau, lettre *D*, somm. 52, nos 4 et 7. Maynard, 4, 13, 6, 57.

pas la donation (1). Mais le plus grand nombre s'était prononcé en sens contraire; suivant eux, ce n'était pas la naissance du bâtard qu'il fallait considérer, mais la légitimation seule, laquelle engendre les affections honnêtes, que la loi veut protéger (2). On pensait que les enfants étaient censés nés du jour de la légitimation (3), qu'ils renaissaient, en quelque sorte, par ce changement d'état, *jure regenerationis* (4). Les arrêts avaient adopté ce dernier parti, et l'ordonnance de 1731 leur avait donné la préférence (5). On peut voir dans Dumoulin un exemple remarquable de cette jurisprudence et de ses effets.

Bertrand de Pellegure avait fait une donation par contrat de mariage à son frère, Guillaume de Pellegure, qui épousait la demoiselle de Caumont. Il avait, à ce moment, deux enfants d'une concubine. Guillaume mourut plusieurs années après, laissant deux filles de son mariage. Les choses en étaient là, lorsque Bertrand épousa sa concubine et légitima ses deux bâtards. En même temps, il intenta une action en révocation de la donation faite à son frère par le contrat de mariage, et il gagna son procès au grand conseil, après avoir été au moment de le gagner au parlement de Bordeaux (6). Quelle rigueur pour les enfants légitimes nés de l'union que Bertrand avait voulu favoriser!

Le Code civil, frappé de ces inconvénients, a fait prévaloir le sentiment de Dumoulin et de Furgole.

Il faut considérer, en effet, que l'amour paternel, qui est le fondement de la révocation, ne prend pas sa source dans

(1) Voy. Furgole, quest. 17, n° 43. Dumoulin sur le conseil 366 de Decius.
(2) Brillon, v° *Donation*, n° 223, cite deux arrêts. Ferrières, t. III, p. 1136.
(3) Despeisses, t. I, p. 459.
(4) Justinien, *novelle* 17, C. ult.
(5) Art. 39.
(6) *De donat. in cont. mat. fact.*, n° 83. Boerius, q. 157.

la légitimation, mais bien dans la nature et dans la liaison du sang (1). C'est presque toujours, en effet, à cause des enfants et par suite de la tendresse que le père a pour eux, qu'il se décide au mariage (2). Il éprouve donc dans son cœur les sentiments qui protégent leur sort et leur avenir, et l'on peut supposer raisonnablement dès lors que s'il a fait la donation, c'est qu'il a eu des motifs raisonnables, éclairés, puissants qui n'auraient pas été affaiblis par la présence d'un enfant naturel. Quelle est la base de la révocation ? C'est que le père n'aurait pas fait la donation *si cogitasset de liberis*. Or, cette circonstance manque ici, puisque le père avait des enfants, puisqu'il a pu penser à eux, puisque son affection était éveillée sur leurs intérêts.

Il est vrai que la légitimation qui vient plus tard augmente les droits de l'enfant. Mais augmente-t-elle la tendresse du père ? Non ! L'expérience prouve tous les jours que la nature a des droits essentiels qui ne dépendent pas de tel ou tel fait civil. On a vu des pères plus ardents dans leur amour pour un enfant naturel que pour un enfant légitime; on a vu dans leur cœur une sollicitude et une vigilance d'autant plus grandes, que la loi protége moins les fruits d'unions irrégulières.

1372. Quant aux enfants naturels même reconnus, leur naissance et leur reconnaissance ne sauraient influer sur les donations antérieures. La révocation d'un acte de soi irrévocable est un fait trop grave pour pouvoir profiter à des situations qui n'ont pas pour elles l'autorité de la légitimité (3). Le donateur ne peut d'ailleurs porter atteinte à un

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 48.

(2) La L. 10, C., *De nat. liberis*, a fait cette remarque très-juste.

(3) *Supra*, n° 1369. Despeisses, t. I, p 465. Tiraqueau sur la loi *Si unquam*, sur ces mots : *Susceperit liberos*, n° 56.

acte irrévocable par le fait de la reconnaissance qui dépend de son libre arbitre, et dont le caractère est tout potestatif.

1373. Ceci nous conduit à décider que l'adoption n'opère pas non plus la révocation des donations faites par l'adoptant (1). D'ailleurs, l'enfant adopté n'est pas nommé dans notre article. Il ne devait pas l'être. L'adoption est une fiction ; elle procède de la volonté de l'homme. On ne saurait lui attribuer des droits exceptionnels qui proviennent de la nature de la conception et du mariage (2).

1374. Il ne suffit pas que les enfants survenus après la donation, du vivant du donateur ou seulement après sa mort, soient légitimes ou légitimés; il faut encore qu'ils soient nés viables : car *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur* (3).

Ce que nous avons dit à cet égard ci-dessus (4), nous permettra d'être très-court ici. Nous nous bornerons à rappeler que la viabilité se constitue de deux éléments, naissance à temps et constitution parfaite; ce que les jurisconsultes expliquent par ces mots : *maturus, perfecte natus*. En ce qui concerne le temps, l'art. 312 du Code Napoléon déclare qu'un enfant né le cent quatre-vingtième jour est capable de viabilité; en ce qui concerne la perfection des organes qui maintiennent la vie, il faut que l'enfant *vivus totus procedat*, qu'il soit animé d'un esprit vital qui se manifeste d'une manière non équivoque; car un mouvement de palpitation qui ne serait que le dernier souffle d'une existence

(1) Despeisses, *loc. cit.* Mais il donne de mauvaises raisons.

(2) Cassat., req., 2 février 1852 (Devill. 52, 1, 178). Cet arrêt est très-bien motivé. Il rejette un pourvoi formé contre un arrêt de Rouen.

(3) L. 129, D., *De verb. signif.*

(4) Nos 601 et suiv.

déjà finie au moment où l'enfant paraîtrait à la lumière, ne serait pas un indice de viabilité (1).

1375. On doit appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus de l'enfant venu au monde par suite de l'opération césarienne (2); et du part monstrueux (3).

1376. La révocation aurait également lieu, quoique l'enfant né après la donation fût conçu avant. Car si l'enfant conçu est assimilé à l'enfant né, ce n'est, comme le dit Cujas (4), que *cum de commodis suis quæritur*. On ne peut donc tourner contre lui une faveur de la loi. D'ailleurs, le père peut ignorer la conception, et tout le monde sait que ce n'est que lorsqu'un enfant est né, qu'un père ressent tout le bonheur de le posséder (5).

1377. Les enfants qui naissent après que leur père a fait une donation en opèrent-ils la révocation, lorsque déjà ils avaient des frères existants au moment de la donation?

Cette question ne peut recevoir qu'une résolution négative : dans le cas posé, le motif qui a excité la prévoyance de la loi n'existe pas, et puisque le père avait des enfants lors de la donation, on peut opposer aux derniers venus la fin de non-recevoir : *cogitatum est de liberis*. Il est alors certain que le donateur a préféré le donataire à ses enfants existants. Par quel motif ne l'aurait-il pas préféré à des enfants à naître, pour lesquels il ne pouvait se sentir touché d'aucun sentiment d'affection paternelle. L'art. 960 exige, comme condition essentielle, que le donateur n'ait pas eu

(1) *Junge* Furgole sur l'art. 39 de l'ord. de 1731. Louet et Brodeau, lettre *E*, somm. 5. Tiraqueau sur la loi *Si unquam*, n° 205.

(2) N° 604.

(3) N° 605.

(4) *Supra*, n° 599.

(5) Art. 40 de l'ord. de 1731. *Infra*, art. 961. Ce point était très-controversé avant l'ord. de 1731.

d'enfants actuellement vivants au moment de la donation : la loi *Si unquam* disait aussi : *filios non habens* (1).

1378. *Quid*, si le donateur avait un enfant absent qu'il crût mort, et s'il était établi que ce fût par la fausse opinion de sa mort qu'il eût fait la donation? L'affirmative était généralement adoptée dans l'ancienne jurisprudence (2). Elle doit l'être encore aujourd'hui et la donation succombe, sinon par l'art. 960, du moins parce qu'elle est fondée sur une fausse cause qui a égaré la volonté du donateur et lui a fait faire ce qu'il n'aurait pas fait (3).

1379. Pothier, dont l'opinion est suivie par M. Grenier, pense (4) que le donateur serait réputé sans enfants si, lors de la donation, il avait un enfant légitime, mais qui fût mort civilement et incapable de succéder. Suivant ces jurisconsultes, la donation faite par le père serait révoquée par la naissance d'un autre enfant, postérieure à la donation. M. Toullier n'adopte pas cette interprétation favorable (5). On est, cependant, bien tenté de se ranger, en pareil cas, à ces équitables enseignements du droit romain : « *Non possunt* » *omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus consultis* » *comprehendi : sed quam in aliqua causa sententia eorum* » *manifesta est, is qui juridictioni præest, ad similia proce-*

(1) Cette question a été cependant controversée. Voyez Favre, C., tit. *Des revoc. donat.*, déf. 8.

(2) Tiraqueau sur ces mots : *Filios non habens*, nos 15, 16, 17. Furgole, quest. 19. Pothier, introd. à la *Cout. d'Orléans*, t. XV, no 100. La Rouvière, ch. 12. M. Grenier, *Donat.*, no 183. Tous ces avis sont conformes à ce que dit Angelus dans un de ses conseils, que c'est la même chose de n'avoir pas d'enfants, ou d'avoir des enfants et de ne le pas savoir. *Cons.* 108. *Contra*, Toullier, no 299.

(3) Arg. des lois 28, D., *De inoffic. test.* (Paul), et l. ult., D., *De hæred. instit.* (id.).

(4) *Loc. cit.*

(5) T. V, no 300.

» *dere, atque ita jus dicere debet* (1). *Nam, ut ait Pedius,* » *quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona* » *occasio est cætera quæ tendunt ad eamdem utilatem, vel* » *interpretatione, vel certe jurisdictione supplere.* (2). » J'incline donc vers la révocation, parce que je me pénètre des intentions du père, qui n'a donné à des tiers que parce qu'au moment de la donation, la voix de la nature ne pouvait être écoutée par lui (3).

1380. Une question plus difficile est celle de savoir si la naissance d'un enfant légitime fait évanouir la donation faite à une époque à laquelle le donateur avait un enfant naturel. Pour la résoudre, il faut distinguer deux cas : ou la donation a été faite à l'enfant naturel lui-même, ou elle a été faite à un étranger.

Le premier cas n'a pas échappé à la sagacité des anciens auteurs. Mais s'ils ont résolu la difficulté contre l'enfant naturel donataire (4), c'est parce que dans l'ancien droit les bâtards étaient odieux comme fruits de l'incontinence (5); c'est que leur père ne pouvait que leur donner des aliments et que les libéralités immodérées arrachées à la faiblesse du cœur paternel étaient toujours réductibles en ce qui les concerne, même au profit des héritiers collatéraux ou étrangers (6).

Et, néanmoins, Furgole reconnaissait que si on examinait la question en se dégageant de l'indignation méritée par les bâtards, et en se pénétrant de l'esprit de la loi *Si unquam,* elle pourrait souffrir beaucoup de difficultés.

(1) L. 12, D., *De legib.*
(2) L. 13, D., *De legib.*
(3) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 145, 146, 147.
(4) Furgole, quest. 18. Maynard, liv. 4, ch. 13. Charondas, rép. 4, 9.
(5) Furgole, *loc. cit.*, nos 8 et 9.
(6) Id.

Sous le Code Napoléon, les enfants naturels ne sont plus traités avec tant de dureté, de défaveur et de colère. Ils ont des droits de succession, même une réserve. Il n'est donc plus défendu de les faire profiter du véritable esprit de la loi *Si unquam*, et de l'art. 960 du Code Napoléon.

Un nommé Biscuit avait eu une fille naturelle et l'avait mariée, en lui constituant en dot ses maisons d'un revenu de 10,000 fr.

Plus tard, Biscuit avait contracté un légitime mariage. Il en était résulté une fille.

Biscuit finit par devenir fou et par tomber en faillite.

Après sa mort, sa fille légitime reconnaissant que sa sœur naturelle avait des droits résultant de sa naissance, mais trouvant que son père l'avait traitée avec un excès de faveur, exerça l'action en réduction. Il n'en fut pas de même des créanciers de Biscuit ; ils soutinrent que la donation de 10,000 fr. de rente devait être révoquée pour le tout, parce qu'à l'époque de la donation, Biscuit n'avait pas d'enfant légitime et qu'il lui en était survenu un après la donation. Du reste, ces créanciers étaient postérieurs à la donation.

On voit, par là, ce qu'il y avait de singulier dans la situation. L'art. 960, établi dans l'intérêt de l'enfant légitime, n'était pas invoqué par l'enfant légitime; il se contentait de la réduction, lui seul devant en profiter. L'art. 960 était invoqué par des créanciers étrangers à la famille et porteurs de titres auxquels la donation antérieure n'avait pas porté de préjudice.

Mais ce n'était pas seulement là qu'était le côté faible de la prétention des créanciers ; il était dans cette circonstance, que la donation était faite non pas à un étranger, mais à un enfant naturel du donateur, reconnu et marié par lui ; or,

l'enfant naturel a des droits sur la succession de son père; il y a une réserve (1). Les excessives sévérités de l'ancien droit ont été adouciens. L'efant naturel, quoique inférieur à l'enfant légitime, n'est pas abandonné à l'aumône alimentaire du père ou de la famille. Le père, en le dotant, ne fait que remplir un devoir naturel; il fait un avancement d'hoirie. Loin de heurter les sentiments de la nature, il s'y conforme : seulement sa donation est sujette à rapport ou à réduction. Mais comment serait-elle sujette à révocation? Est-ce que, lors même que le père aurait des enfants légitimes, il n'a pas des devoirs précis à remplir envers ses enfants naturels? Est-ce que lorsqu'il remplit ces devoirs, comme doit le faire un homme d'honneur et un homme de cœur, il est répréhensible? Est-ce qu'il peut y avoir lieu à répétition, quand il s'agit de l'accomplissement d'une obligation naturelle? Autrefois, les auteurs les plus rigides tenaient pour certain que les donations faites par le père à l'enfant illégitime pour aliments n'étaient pas sujettes à révocation, parce que le père ne faisait que satisfaire à une obligation (2). Aujourd'hui, cette idée doit être étendue aux donations quelconques, parce qu'elles ne sont qu'un payement anticipé de droits successifs incontestables et assurés. L'art. 960 n'est donc pas fait pour ébranler les donations faites à un enfant naturel. On le répète : comme enfant naturel il a des droits, et l'art. 960 ne s'occupe que des donations faites à des étrangers sans droits nécessaires.

C'est ce qu'à très-bien jugé la cour de cassation, par arrêt de la chambre des requêtes, du 10 juillet 1844, auquel j'ai concouru et qui est motivé à son véritable point de vue par

(1) Art. 757, 758, 760, 908.

(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 14, et Maynard. Il cite un arrêt.

des considérants irrésistibles (1). Il ne faut pas généraliser cet arrêt en l'étendant hors de son cas. Dans son ordre d'idées, il est excellent : transporté dans une autre sphère, il manquerait d'application (2).

1381. Mais supposons maintenant que la donation, au lieu d'être faite à l'enfant naturel lui-même, soit faite à un étranger. Le donateur se marie ultérieurement et a un enfant légitime. La survenance de cet enfant fera-t-elle évanouir la donation?

Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, cette question ne pouvait pas être douteuse : on en a vu ci-dessus les raisons (3). Le bâtard, à cause de son indignité et de sa défaveur, n'était pas considéré comme pouvant susciter dans le cœur du père les sentiments d'affection profonde et de conservation qui accompagnent la paternité légitime. Cela était si vrai, que quand son père le légitimait par mariage subséquent, il n'y avait que la légitimation seule qui pût faire crouler les donations faites entre l'époque de la naissance et celles de la légitimation. L'enfant ne comptait pour quelque chose que du jour de la légitimation. Quant à sa naissance naturelle, elle n'avait pas d'influence sur les donations faites postérieurement; elle n'était pas censée exercer assez d'empire sur le cœur du donatenr, pour qu'on pût dire de ce dernier : *cogitatum est de liberis*. Il suit, de ces idées, que la naissance d'un enfant légitime (aussi puissante tout au moins que la légitimation qui n'en était qu'une imitation) devait opérer la révocation des donations antérieures faites par un homme qui n'avait que des enfants naturels. Et c'est

(1) Devill., 44, 1, 506; Dalloz, 44, 1, 237; Palais, 44, 2, 326.

(2) Voy., pour prouver cela, l'arrêt de la cour de Paris qu'il confirme (Devill., 44, 2, 49 et 50).

(3) N° 1371.

en ce sens que les auteurs se prononçaient (1) : « Il n'y a » que les enfants légitimes, disait Pothier, qui soient re- » gardés comme enfants et appelés aux biens de leur père. » C'est pourquoi la donation ne sera pas moins sujette à ré- » vocation par survenance d'enfants, quoique le donateur » eût des bâtards lors de la donation. »

Mais sous le Code Napoléon peut-il en être de même ? Nous avons montré, ci-dessus, que le Code Napoléon a accordé à l'existence de l'enfant naturel beaucoup plus d'autorité que l'ancien droit (2) ; qu'il prend en grande considération l'affection du père pour son fils naturel ; que cette affection est à ses yeux assez puissante pour lui faire supposer qu'elle retiendra le père dans la voie des libéralités irréfléchies (3). N'est-ce pas assez de ces considérations pour résoudre la question dans le sens du maintien de la donation (4) ? Remarquez bien qu'il ne s'agit pas ici d'un simple bâtard qu'on n'avoue pas, mais d'un enfant que le père a reconnu, à qui il a donné son nom, à qui il est censé vouloir donner les moyens de le soutenir honorablement ; d'un enfant qui, par cette identité de nom, se rattache profondément à lui, et est la continuation de lui-même. Comment, dès lors, pourrait-on dire que celui qui a un enfant naturel reconnu, a ignoré la tendresse paternelle ? Est-ce que cet enfant n'a pas été un objet de sollicitude ? Est-ce que son père n'a pas su qu'il y avait dans son patrimoine une réserve pour lui ? Est-ce qu'il n'a pas dû penser à son établissement, à son avenir, peut-

(1) Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 3, art. 2, § 2.

(2) N° 1371.

(3) Voy. aussi Furgole au lieu cité, n° 1371, et quest. 18, no 29. « Le » père, dit-il, est censé avoir un amour aussi fort pour ses enfants naturels » que pour ses enfants légitimes. »

(4) M. Paul Pont, *Revue de législ.*, 1844, p. 624. *Contra*, Conclus. de M. Hébert, procureur général à Paris (Devill., 44, 2. 49). MM. Duranton, t. VIII, n° 875. Bayle-Mouillard, t. II, p. 140.

être même à sa légitimation ? Est-ce que toutes ces préoccupations si naturelles n'obligent pas à dire : *cogitatum est de liberis ?*

Ajoutons que l'art. 960, en parlant du père qui n'a pas d'enfants, n'a pas distingué l'enfant légitime de l'enfant naturel ; il n'a pas dit que sa disposition ne doit s'appliquer qu'au père qui a des enfants légitimes. D'un autre côté, quant l'art. 960 veut que la légitimité devienne une condition essentielle à considérer, il le déclare expressément, ainsi qu'on le voit par la suite de l'article qui n'attache la révocation qu'à la survenance de l'enfant légitime.

On craint que cette manière d'interpréter l'article 960 ne tende à mettre sur un pied d'égalité les enfants naturels et les enfants légitimes : *Ne plus prodeat luxuria quam castitas*, comme disait Dumoulin (1). C'est pousser les choses trop loin : il y aura toujours des différences entre l'enfant né d'un légitime mariage et celui qui est né *ex vili concubina*, pour nous servir des termes du même auteur (2). Oui, sous le rapport de la dignité, la loi, les mœurs, la décence publique maintiendront de constantes barrières et une inégalité favorable au mariage. Mais il s'agit ici d'autre chose : il s'agit de l'affection du père pour ses enfants, et il est certain qu'au point de vue du sentiment, seul à considérer ici, la nature parle un langage également affectueux pour tous les enfants sans distinction. Il n'y a rien de contraire à l'honnêteté à dire de celui qui a un enfant naturel qu'il a voulu reconnaître pour lui assurer des droits : *Cogitatum est de liberis !!!* Il faut donc supposer que, s'il a donné à un étranger, c'est par des motifs sérieux, c'est avec connaissance de cause ; et sa donation n'est pas fondée sur l'ignorance

(1) Sur le conseil 366 de Decius.

(2) *De donat. in contract. mat. fact.*, n° 83.

d'une affection qui, s'il l'eût connue, aurait retenu sa libéralité.

Remarquez, d'ailleurs, que l'enfant légitime qui survient a pour lui l'action en réduction ; qu'en principe, les donations sont irrévocables, et qu'il est dangereux de les révoquer hors des cas expressément prévus par la loi (1).

1382. Passons maintenant à une autre question.

Elle consiste à savoir si l'enfant né d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des contractants, et légitimé par la bonne foi de l'autre, donne lieu à la révocation de la donation (2). Les auteurs les plus versés dans cette matière la résolvent par la bonne ou la mauvaise foi du donateur. Si le donateur est dans la bonne foi quand il se marie, la naissance d'un enfant fait évanouir la donation ; mais, s'il est dans la mauvaise foi, la donation subsistera : il ne saurait tirer parti de son méfait (3). Il est vrai que l'intérêt des enfants est le motif principal qui a fait établir la révocation ; mais on ne peut pas dire que c'est à eux que reviennent les biens donnés : *Totum quidquid revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*, dit la loi *Si unquam*. Le père qui a recouvré les biens peut en disposer à sa fantaisie ; il peut les vendre, les dissiper, au préjudice des enfants qui les ont fait rentrer dans ses mains. C'est lui seul qui en pofite en premier ordre, parce que c'est lui seul que la loi restitue en entier contre la fausse situation où il était lors de la donation (4).

La légitimité des enfants n'est, d'ailleurs, qu'une faveur

(1) J'ai conservé mes notes sur l'arrêt du 10 juillet 1844. M. Delangle, alors avocat général, conclut dans le sens de la non-révocation, en donnant à l'art. 960 l'interprétation de droit que nous lui donnons. Toutefois un arrêt de Douai, du 7 juin 1850 (Devill., 50, 2, 402), consacre l'opinion de la révocation.

(2) Furgole, quest. 17.

(3) Art. 202 C. Nap.

(4) Furgole, *loc. cit.* Pothier, *Orléans*, int., tit. 15, nos 104. MM. Grenier,

accordée contre la rigueur du droit, et elle ne peut préjudicier à des droits acquis.

Remarquez que les art. 201 et 202 du Code Napoléon, relatifs aux mariages putatifs, ne disent pas que l'enfant est rendu légitime par la bonne foi de l'un des époux; ils disent seulement que le mariage produit des effets civils en faveur de l'époux de bonne foi et des enfants. On ne peut donc pas classer ces enfants parmi les enfants légitimes dont parle l'art. 960. D'un autre côté, le mariage ne devant pas produire d'effets au profit de l'époux de mauvaise foi (1), sur quoi se fonderait-il pour exercer l'action en révocation qui n'appartient qu'à lui (2)? Pourrait-il se prévaloir d'un mariage qui est le fruit de son dol, et d'une naissance qui, à son regard, est infectée du vice de bâtardise? En un mot, la question aboutit à ceci, dans ses termes les plus simples : la condition de survenance d'un enfant légitime est-elle accomplie, oui ou non? A quoi il faut répondre par la négative; car un homme qui a fait, par sa fraude, un mariage nul, un homme qui, en réalité, n'est pas marié, ne saurait avoir un enfant légitime. Si son fils jouit des effets civils du mariage, c'est une exception attribuée à la seule bonne foi, mais qui ne change pas la situation de l'auteur du méfait (3).

1383. A plus forte raison le donataire contre lequel s'exercerait l'action en révocation serait-il autorisé à repous-

t. II, nº 191; Toullier, t. V, nº 302; Dalloz, *Disp. entre-vifs*, p. 393, nº 14; Bayle-Mouillard *sur Grenier*, *loc. cit.*

(1) Art. 201 et 202.

(2) Furgole, *loc. cit.*, et quest. 16, nºs 10, 11, 12.

(3) MM. Delvincourt, t. II, note 2, p. 80, et Duranton, t. VIII, nº 586, pensent que l'action existe au profit des enfants : c'est une erreur. Furgole, quest. 16, nºs 10, 11, 12. MM. Guilhon, nº 775, et Vazeille, nº 9, pensent que le donateur de mauvaise foi peut intenter l'action.

ser une fausse filiation légitime qui cacherait son usurpation sous des dehors colorés.

On a vu un donateur chercher les moyens de révoquer la donation en faisant apparaître, par voie de suppression d'état et de supposition de part, une naissance simulée.

Le donataire peut être admis à prouver cette fraude. On lui opposerait vainement que c'est admettre un tiers à contester l'état d'un enfant : c'est tout simplement l'admettre à contester la révocation de la donation; c'est l'admettre à défendre son droit de propriété contre des actes frauduleux; c'est l'admettre à ce qui est de légitime défense et de droit naturel (1)

1384. Il faut voir maintenant quelles donations sont révocables pour survenance d'enfants.

Autrefois, beaucoup de questions avaient été agités sur ce point, et les auteurs en donnaient des solutions diverses.

Par exemple, la cause pie s'était arrogé une multitude de priviléges énumérés par Tiraqueau dans son fameux traité *De privilegiis causæ piæ*, et cette faveur qu'on lui accordait faisait que quelques auteurs, entre autres Fachin(2), pensaient que les donations à l'église étaient exemptes de la loi *Si unquam*. Mais nos meilleurs jurisconsultes, Dumoulin, Papon, Ricard, Furgole et autres, avaient repoussé cette prétention ultramontaine, au point qu'elle était tombée en discrédit (3).

1385. On avait aussi agité la question de savoir si la donation à cause de mort était révoquée pour cause de survenance d'enfants, question beaucoup plus grave que la précé-

(1) Bordeaux, 8 juillet 1847 (Devill., 48, 2, 727).
(2) 3, cont. 86.
(3) Furgole, quest. 13.

dente. Tiraqueau (1), Coquille (2), Mantica (3) et Godefroy (4) avaient opiné pour l'affirmative, pensant que la donation à cause de mort étant révocable de sa nature, était moins favorable que la donation entre-vifs, qui est irrévocable; que d'ailleurs, le motif de la loi *Si unquam* n'était pas moins applicable aux donations à cause de mort qu'aux donations entre-vifs. Mais Cujas (5), Ferrières (6), Ricard (7) et Furgole (8) enseignaient, au contraire, que la loi *Si unquam* ne parlait que des donations entre-vifs; que, puisque ce genre de libéralités était irrévocable, il avait fallu nécessairement un texte de loi pour opérer la révocation, mais que cela était inutile pour la donation à cause de mort, essentiellement révocable; que, par conséquent, le donataire ne révoquant pas, la donation subsistait; qu'enfin, d'après les lois 15, § 1, et 37, D., *De mortis causa donat.*, les donations à cause de mort se révoquent de la même manière que les legs auxquels elles sont comparées (9). Or, selon l'authentique *Ex causa*, C., *De liberis præteritis*, la naissance d'un enfant laisse subsister les legs contenus dans le testament.

1386. On n'était pas d'accord non plus sur la révocation des donations mutuelles, ou rémunératoires, ou avec charges, par la loi *Si unquam*; sur l'application de cette loi aux renonciations à un droit ou à un héritage, aux remises de dettes, aux donations en faveur de mariage, etc. On voit par

(1) Sur la loi *Si unquam*, sur ces mots : *Donatione largitus*, nº 246 à 249.
(2) *Sur Nivernais*, *Des donat.*, art. dernier et quest. 292.
(3) *De conject. ult. vol.*, XII, 7, 9.
(4) Sur la loi *Si unquam*.
(5) Sur le tit. du Cod., *De donat.*, et observat. 20, 5.
(6) *Sur Paris*, t. III, p. 1128.
(7) Part. 3, nº 618.
(8) Quest. 12. Il traite la question très-savamment.
(9) Justinien, *Instit*, *De donat.*, § 1.

là combien de difficultés assiégeaient la matière de la révocation pour survenance d'enfants.

1387. L'art. 39 de l'ordonnance de 1731 coupa dans le vif toutes ces discussions et réforma sur beaucoup de points les opinions les plus accréditées, en soumettant à la révocation toutes les donations quelconques, à quelque titre qu'elles fussent faites, même mutuelles ou rémunératoires, et de quelque valeur qu'elles pussent être (1). Le Code Napoléon, art. 960, copie à peu de choses près cette disposition, et son but est tout aussi favorable à la cause des enfants. Nous allons néanmoins en dire quelques mots, afin de lever tous les doutes.

1388. Et d'abord, parlons des donations à cause de mariage. Les donations de ce genre, faites par des étrangers, n'ont jamais été considérées, depuis Dumoulin (2), comme affranchies de la révocation. La présomption de la loi se présente ici comme dans toutes les autres donations, et la grande faveur du mariage n'a pu faire écarter cette présomption (3).

Mais notre article excepte de la révocation les donations faites par les conjoints l'un à l'autre : car ces donations sont faites pour favoriser le mariage, et par conséquent avec un esprit de prévoyance sur les enfants qui en proviendront.

(1) D'après Cujas, 5, *observ.* V. Furgole a traité la question, *quest.* 15.

(2) Nous disons depuis Dumoulin : car, avant lui, on tenait l'opinion contraire. Mais ce grand jurisconsulte, ayant soutenu un procès contre son frère, pour demander la révocation, pour survenance d'enfants, d'une donation qu'il lui avait faite par contrat de mariage, présenta la question sous une nouvelle face, et le parlement révoqua la donation par arrêt prononcé en robes rouges. Voy. son traité *De donat. factis in cont. mat.* L'arrêt est de 1551 (Louet, lettre *D*, somm. 52). Depuis, la jurisprudence devint constante. Cependant Voët enseigne la vieille opinion et combat la nouvelle, embrassée par Favre (*Ad Pand.*, t. V, lib. 39, n° 34).

(3) Furgole, *quest.* 11. La Rouvière, ch. 10.

Alors on peut dire du donateur : *De liberis cogitavit*. Dumoulin avait pensé le contraire; mais son opinion était isolée, et La Rouvière va même jusqu'à la taxer d'aveuglement. L'ordonnance de 1731 faisait la même exception que notre article (1).

1389. Cette exception est tellement générale que la donation faite entre époux n'est pas même révocable par la survenance d'enfants issus d'un second mariage (2). Supposez que Titius donne une terre à sa future épouse par contrat de mariage. Elle meurt sans enfants, et, faute d'avoir stipulé le retour en cas de survie, la terre passe aux héritiers collatéraux de l'épouse. Titius se remarie; il naît plusieurs enfants de ce second mariage : la naissance de ces enfants ne révoque pas la donation (3).

On pourrait cependant incliner à croire que, dans la pensée de l'ordonnance de 1731 et du Code Napoléon, ce n'est qu'en songeant aux enfants communs que le législateur a

(1) « *Donatio etiam favore matrimonii, non proprii, sed alieni facta* » *revocatur ob supervenientiam liberorum.* » (Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 2.) Mais on ne pourrait considérer comme exceptée de la règle de la révocation la donation entre-vifs dans le cas où le donateur viendrait ultérieurement à épouser la donataire, si cette donation n'avait pas été faite en faveur du mariage. Bordeaux, 30 novembre 1859 (J. Pal., 60, p. 658; Dalloz, 60, 2, 193). Conf. MM. Duranton, t. VIII, n° 574; Zachariæ, § 709 et note 14; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, 6; Coin-Delisle, art. 960, n° 45; Saintespès-Lescot, t. III, n° 940; Bonnet, t. III, n° 771; Aubry et Rau, t. VI, p. 117 et note 14; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 329, note 9. — Cependant plusieurs de ces auteurs enseignent, contrairement à l'arrêt de la cour de Bordeaux, que le rappel de la donation dans le contrat de mariage implique renonciation par le donateur à la révocation pour survenance d'enfant.

(2) Cassat., 29 messidor an XI (Devill., 1, 1, 834). M. Merlin, Quest. de droit, v° *Révocation de donation*.

(3) *Junge* Toullier, t. V, n° 310. M. Duranton, t. VIII, n° 582 M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 172.

excepté les donations dont il s'agit de la révocation (1). Mais ce serait une erreur ; car la donation a été faite dans des circonstances où le donateur a pensé aux enfants qu'il pourrait avoir : *Cogitatum est de liberis.* Le motif de la révocation manque donc ici dès l'origine, et l'on ne saurait ébranler la donation faite précisément en vue de l'union dont le donateur espère des enfants.

1390. La seconde exception portée par notre article à la révocabilité, par survenance d'enfants, des donations, même par contrat de mariage, est dans le cas de donation faite, par contrat de mariage, par un ascendant aux conjoints.

Cette exception paraît inutile au premier coup d'œil, puisqu'il n'y a de révocables, par survenance d'enfants, que les donations faites par un individu n'ayant pas d'enfants ; mais elle n'était pas surabondante dans l'ordonnance de 1731, d'où elle a été tirée. En effet, à l'époque où cette ordonnance occupa le chancelier d'Aguesseau, il s'était introduit une opinion qui avait quelque crédit au barreau : c'est que la donation faite par un père à son fils unique était révoquée par la survenance d'autres enfants. Balde, sur la loi, C., *De inoff. donat.*, et Ripa en étaient les principaux appuis. De là on avait été induit à examiner si, lorsqu'un père constituait la plus grande partie de ses biens à sa fille unique en la mariant, cette constitution de dot était révoquée par la survenance d'autres enfants. L'avis le plus raisonnable était qu'il n'y avait pas de révocation possible, et c'était celui des plus fameux docteurs (2), suivant lesquels la donation n'était que réductible jusqu'à concurrence de la légitime des enfants nés postérieurement. Mais il suffisait qu'il y eût doute pour que

(1) M. Grenier, n° 199, en se prévalant des passages de Furgole, quest. 49, n° 4, et de Prevot de la Jannès, t. II, no 465. Mais ces passages ne sont qu'énonciatifs.

(2) Cujas sur la novelle 92, ch. 1. Voy. La Rouvière, ch. 13.

l'ordonance de 1731 dût trancher la difficulté, et c'est par ce motif qu'on y trouve l'exception *de qua agitur*.

1391. La donation serait irrévocable lors même que l'ascendant aurait fait la donation à sa bru par le contrat de mariage, les termes de notre article levant toute espèce de doute à cet égard (1).

1392. Venons aux donations mutuelles. Nous avons eu occasion de toucher ci-dessus ce genre de disposition (2). On voit par notre article que le Code Napoléon les a maintenues, quoiqu'il ait supprimé les institutions mutuelles par testament (3). Il est à propos d'en dire quelques mots, en faisant remarquer que nous traiterons des dons mutuels entre époux en commentant l'art. 1097 du Code, et que nous ne parlons ici que des donations mutuelles faites par d'autres personnes (4).

La donation mutuelle est celle que deux personnes se font réciproquement par le même acte.

Elle peut être faite purement et simplement pour avoir lieu *statim ;* mais, le plus souvent, elle est accompagnée de la condition de survie. Par exemple : « Je vous donne entre-
» vifs mon domaine du Bocage si vous me survivez, et vous
» me donnez votre domaine de Mérange si je vous survis. »

Ricard fait remarquer, avec la plupart des auteurs antérieurs à l'ordonnance de 1731 (5), que c'est là un contrat irrégulier *do ut des*, une espèce d'échange fait avec le hasard de la survie ; que les parties n'ont eu en vue aucun motif de libéralité qui est l'âme de la donation ; qu'au contraire, ils

(1) Cassat., req., 30 juin 1842 (Devill., 43, 1, 539).
(2) *Supra*, n° 1319.
(3) Art. 968.
(4) *Infra*, n° 2682.
(5) Voy. ce que j'ai dit là-dessus dans un rapport à la cour de cassation (Devill., 43, 1, 117 et 118).

ont été portés à contracter par le désir de profiter au préjudice l'un de l'autre, ce qui est entièrement opposé à la donation; enfin, c'est plutôt un pacte aléatoire qu'une libéralité (1).

De ces considérations, Ricard conclut que la qualification de donation, donnée à l'acte par les parties, ne peut en changer le caractère, parce que ce n'est pas par le nom qu'il faut juger un acte, mais par sa substance et ses effets; que rien n'empêche que la donation mutuelle ne puisse avoir lieu entre personnes prohibées de se donner; que l'insinuation et autres solennités particulières aux donations n'y sont pas requises; que les limites et retranchements imposés aux donations n'ont pas lieu à l'égard de cette sorte de don mutuel; qu'il n'est pas soumis à la révocation pour cause de survenance d'enfants; en un mot, qu'il reçoit les mêmes lois qu'un contrat onéreux. Notre auteur s'appuie de l'autorité de la glose, de Tiraqueau sur la loi *Si unquam* (2), de Dumoulin (3), etc., etc.

Mais de même (dit-il) que les donations avec charges, quoique non sujettes aux lois sur les donations, s'y trouvent astreintes en tant que la donation surpasse la charge; de même en ce qui concerne la donation mutuelle, comme c'est le hasard réciproque et égal qui l'empêche d'être une véritable donation, il suit que s'il est inégal et que l'avantage et l'espérance soient plus amples d'un côté que de l'autre, ce qui excède ne peut passer que pour une véritable libéralité (4).

Ainsi Ricard pense qu'une donation mutuelle faite par un vieillard et un jeune homme, pour le survivant des deux, est une véritable donation et soumise comme telle à toutes

(1) *Don mutuel*, n° 2.
(2) Tiraqueau sur la loi *Si unquam*, v° *Donat. largitus.*
(3) *Sur Blois*, art. 109.
(4) N° 13.

les règles des donations ordinaires (1). Tel était, je le répète, le point de vue dominant dans l'ancien droit.

Mais on sent tout d'abord que l'évaluation de ce risque peut devenir extrêmement arbitraire, et que la seule question de savoir si un tel acte est une donation ou un simple contrat est une source de procès ruineux.

1595. C'est ce qui porta l'ordonnance de 1731 à envisager ces sortes d'actes sous un autre aspect, et un examen plus sérieux la détermina à regarder les donations mutuelles comme donations véritables. Elle les soumit donc à la révocation pour survenance d'enfants. En effet, on ne peut s'empêcher de convenir que, quoiqu'un individu donne quelque chose avec l'espérance d'en recevoir autant, il y a toujours libéralité de sa part. L'intention de gratifier existe indépendamment du profit qu'il retirera de son bienfait; car il n'est pas défendu d'espérer le retour d'un acte de générosité et de chercher même à améliorer par des libéralités sa position et son bien-être (2). Regardez-y de près et vous verrez qu'il n'est pas vrai que le don mutuel soit une pure spéculation, comme un échange, une vente ; on fausse son caractère en lui enlevant la pensée de libéralité qui le domine (3); on en fait un acte mercenaire et vénal, tandis que la cause première en est le mélange de deux amitiés et une réciprocité de sentiments affectueux. C'est donc avec raison que le Code a adopté la disposition de l'ordonnance de 1731. Les donations mutuelles sont traitées comme de vraies dona-

(1) *Supra*, n° 128.

(2) « On doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire qui est » le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter » de celle qu'il me fait réciproquement y entre pour quelque chose, en quoi » ces donations diffèrent des contrats aléatoires : c'est pourquoi elles exigent » de la gratitude. » (Pothier, *Donat.*, sect. 3, art. 3, § 3).

(3) Mon rapport précité.

tions sous le rapport de la forme (1), sous le rapport du respect dû à la réserve (2). Elles ne doivent pas plus échapper à la révocation pour survenance d'enfants, qu'à la révocation pour ingratitude (3).

1394. Remarquons ici qu'il y a une différence entre la donation mutuelle et la donation avec charge, où le donateur stipule quelque chose dans son intérêt.

Dans la première, le donateur n'exige rien du donataire. S'il devient donataire à son tour, c'est par une donation nouvelle qui n'est nullement la charge de sa donation, mais qui est seulement un témoignage de reconnaissance. A la vérité, chacun des deux donateurs a pu être mû a donner par l'espoir de cette reconnaissance mutuelle; mais aucun des deux ne l'exige comme loi de son don, tout est spontané et fait *nullo jure cogente.*

Mais dans la donation avec charge, le donateur prescrit une obligation de laquelle il attend pour lui un véritable intérêt; il démontre par là que s'il donne, ce n'est pas par un pur esprit de libéralité, mais pour se procurer cet intérêt qui a été sa cause finale.

1395. Ceci posé, précisons l'influence de la révocation sur la donation faite par le donateur qui n'est pas restitué en entier. M. Grenier enseigne (4) que, lorsque la donation est révoquée par survenance d'enfants, la révocation n'a lieu qu'au profit du donateur ayant des enfants; mais que la donation subsiste toujours en ce qui concerne l'autre donateur qui ne se trouve pas dans ce cas : « Car, dit-il, la révocation » tient ici à un événement, et non à une inexécution qui puisse

(1) Id. Mon rapport précité.

(2) Id. *infra*, n° 2683.

(3) Id. M. Merlin, Quest. de droit, v° *Contrat de mariage*, § 2, et *Substitution fidéicommissaire*, § 4. Répert., v° *Donation*, p. 155.

(4) T. II, n° 187.

» produire l'invalidité de l'autre donation. On ne doit pas » supposer que celui des donateurs auquel il ne survient pas » d'enfants, n'eût pas fait la donation s'il eût prévu que l'au- » tre dût en avoir dans la suite. » M. Grenier s'appuie sur Auzanet (1).

Cette décision n'est pas conforme à celle de Pothier, qui veut que celui des donataires qui n'a pas d'enfants puisse révoquer sa donation par l'action dont nous avons parlé ci-dessus, *condictio causa data causa non secuta* (2). M. Toullier se range à cet avis (3).

Ce point n'est pas exempt de difficulté. Dans le sens de M. Grenier, on peut dire, en effet, qu'il n'est posssible de se prévaloir des principes relatifs à la condiction *causa data causa non secuta*, qu'autant que la charge est finale, mais qu'ici, la donation réciproque faite au premier donateur par son donataire n'est pas la cause finale de la première donation, qu'elle n'en est que la cause impulsive; que la véritable cause finale, c'est le désir de gratifier; que si l'équivalent de la donation était la cause finale, il n'y aurait plus donation, mais échange, affaire de commerce, *negotium gestum*, comme dit la loi 58, D., *De donat. inter vir. et uxor;* que ce serait par abus et par erreur que la loi l'aurait rangée dans la classe des donations entre-vifs : qu'il faudrait lui rendre sa place dans les contrats onéreux et ne pas la soumettre à la révocation pour survenance d'enfants (4).

Mais quelque graves que soient ces objections, on peut répondre avec avantage que, tout en admettant que le désir de gratifier a été fondamental dans la donation, il s'y est combiné avec certains arrangements et certaines chances qui

(1) *Sur Paris*, art. 280.
(2) *Donat.*, sect. 3, art. 2, § 1. *Junge* Ricard, *Don mutuel*, n° 17.
(3) T. V, n° 308.
(4) *Supra*, n° 1319.

cessent d'exister par la révocation; que les choses ne sont plus entières; que la double incertitude sur laquelle reposait la libéralité n'existe plus qu'en partie; qu'à la place d'un don mutuel, il n'y a qu'un don unilatéral qui n'a pas été dans la pensée primitive des parties et qui est quelque chose de tout différent; qu'effacer la mutualité d'un acte qui en a le titre et l'essence, c'est bouleverser ce qui a été fait et le réduire *ad non esse*. A la vérité, on a vu ci-dessus (1) que nous avons scindé le don mutuel dans le cas de révocation pour ingratitude, tandis que dans l'espèce actuelle, nous nous refusons à une division. Mais il n'y a pas là de contradiction. L'ingrat a commis un délit et il faut qu'il soit puni; il ne peut se plaindre d'une division qu'il s'est attirée par sa faute. Ici, c'est tout autre chose; les parties sont également irréprochables, et si la réciprocité devient impossible, il faut que l'acte s'évanouisse pour toutes deux.

1396. Les donations avec charges ne sont pas plus exemptes que les donations mutuelles de la révocation pour survenance d'enfant. Mais il doit être bien entendu que cette révocation n'a lieu qu'autant que les charges n'enlèvent pas à l'acte son caractère de libéralité. Que si elles représentaient la valeur et l'émolument de la chose donnée, il faudrait plutôt les traiter comme des contrats onéreux (2).

Ainsi la donation moyennant une rente viagère sera tantôt révocable, tantôt irrévocable, suivant que la rente sera inférieure ou élevée, qu'elle offrira un bénéfice pour le donateur, ou une chance périlleuse pour lui. Ce sont là des idées qui se résument en peu de mots dans un livre, mais qui oc-

(1) N° 1319.

(2) Bordeaux, 10 avril 1843 (Devill., 43, 2, 481). Douai 11 novembre 1844 (Devill., 45, 2, 599). Paris (1re ch.), 1er avril 1851, affaire Dupont (*Gaz. des Trib.*, 2 avril 1851).

cupent bien du temps dans la pratique du Palais, à cause des faits qu'il faut élucider.

1397. Les donations rémunératoires n'échappent pas à la révocation par survenance d'enfants (1). Le Code, imitant en cela l'ordonnance de 1731, a écarté les subtilités des interprètes. Il est parti d'un principe fixe, qui est que la donation rémunératoire étant faite *nullo jure cogente*, est une vraie libéralité ; que, par conséquent, elle doit subir le sort des autres donations (2).

Mais ceci n'est vrai qu'autant qu'on ne mettra pas dans la classe des donations rémunératoires les payements faits par un individu qui a reçu des services pour l'acquittement desquels on avait action contre lui. Ce ne serait pas là une donation, mais une dation en payement. La donation n'a lieu que lorsqu'il y a spontanéité.

1398. Occupons-nous des effets de la survenance d'enfants par rapport aux remises de dettes et aux renonciations à des droits acquis.

Lorsque ces remises et renonciations ont lieu par suite de transactions sur procès, par contrat d'attermoiement, etc., elles ne sont pas sujettes à la révocation pour survenance d'enfants. Il est clair que ce ne sont pas des donations. Mais si elles ont pour principe un esprit de libéralité, notre article les atteint. C'est ce qui a été jugé par le célèbre arrêt du parlement de Paris, de 1551, rendu au profit de Dumoulin, contre son frère Ferry Dumoulin. Dumoulin, alors sans enfants, avait renoncé en faveur du mariage de son frère à tous ses droits successifs, tant paternels que maternels; ce qui fut considéré comme donation et révoqué par la survenance des enfants de Dumoulin, d'après la loi 23, § 23, D, *De donat. inter vir. et uxor.*, portant : *Sive autem res fuit quæ donata*

(1) *Supra*, n° 1386, *in fine*, et note.
(2) Furgole sur l'art. 20 de l'ord. de 1731.

est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habiturum (1).

1399. Si la remise de la dette s'était faite sans acte et que, cependant, il fût prouvé qu'elle a eu lieu, *puta* par la remise du titre, avec intention de donner, elle serait de même sujette à la révocation.

1400. Ceci nous amène à parler des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux. Nous ne les exceptons pas de la révocation; car, quoique par l'écorce elles soient qualifiées ventes, elles ne sont pas moins donations par leur essence (2).

1401. L'art. 1840 du Code Napoléon règle un genre de dispositions que la loi considère de plein droit comme donation déguisée. Nous avons établi dans notre commentaire de *la Société* (3), qu'elles sont atteintes par la survenance d'enfant.

1402. Enfin, notre article est tellement général, qu'il embrasse toutes les donations à quelque titre et de quelque valeur que se soit. Toutefois la raison dit assez que les présents modiques que des amis se font entre eux manuellement ne sont pas passibles de la révocation.

1403. Quant aux donations testamentaires, nous examinerons dans notre commentaire de l'art. 1046, si elles sont révocables pour survenance d'enfants (4).

1404. Avant l'ordonnance de 1731, les plus considéra-

(1) Pothier, *Donat. entre-vifs*, sect. 3, art. 2. M. Duranton, t. VIII, n° 556. Toullier, t. V, n° 312. Zachariæ, t. V, p. 361. Sur le procès de Dumoulin, voy. ci-dessus, n° 1388; et Louet, lettre *D, somm.* 52.

(2) La Rouvière et les docteurs cités par lui, ch. 28. Aff. Dupont, Paris (1re ch.), 1er avril 1851. (*Gaz. des Trib.*, 2 avril 1851), Douai, 7 juin 1850 (Devill., 50, 2, 402).

(3) T. I, n° 309.

(4) *Infra*, n° 2206.

bles interprètes avaient décidé que la révocation pour survenance d'enfants avait lieu de plein droit. Godefroy, sur la loi *Si unquam*, disait : *Ipso jure producitur ita ut nullius hominis ministerio opus sit.* L'ordonnance de 1731 érigea cette opinion en loi. Le Code Napoléen n'a fait que la suivre. En effet, la condition arrivant réduit, *ipso jure*, la disposition à manquer de cause (1).

Dans la révocation pour ingratitude ou pour inexécution des conditions, le donateur doit nécessairement manifester, par une demande en justice, la volonté de rentrer dans ce qu'il a donné : car ce genre d'action révocatoire n'a été introduit que dans son seul intérêt ; s'il garde le silence, la donation subsiste. Mais quand il s'agit de la survenance d'enfants, c'est la loi qui révoque, indépendamment de tout ce que pourrait omettre ou négliger le donateur. C'est plutôt dans l'intérêt des enfants qu'elle veille que dans l'intérêt du donateur.

La révocation résulte donc du fait même de la naissance. Lorsque le donateur veut profiter du bénéfice de la loi, il n'est pas tenu de faire une demande en justice pour dessaisir le donataire : il lui suffit de lui notifier, par un acte en bonne forme, la naissance de l'enfant (2).

1405. Il y a plus, et, d'après l'art. 965 du Code Napoléon, le donateur ne peut renoncer à l'action en révocation, de manière à préjudicier à l'enfant à naître.

1406. Mais il est certain que la donation étant révoquée, le donateur peut disposer à sa volonté des biens recouvrés (3).

Ce point résulte du texte même de la loi *Si unquam*, qui déclare que les biens rentrent au pouvoir, *in ditione*, du do-

(1) Furgole, *quest.* 16, n° 9.
(2) *Infra*, art. 962.
(3) La Rouvière, ch. 12.

nateur : il peut donc les aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit, suivant son bon plaisir (1).

Ricard (2) aurait voulu qu'on eût lié les mains au donateur pour l'empêcher de disposer gratuitement au profit d'étrangers de biens que la loi n'a fait rentrer dans son patrimoine qu'à la seule considération des enfants qui lui sont survenus. Mais c'eût été douter de l'affection paternelle, et ce vœu de Ricard n'est pas sensé. Il porte atteinte à la fois au droit de propriété et au pouvoir paternel (3); il est d'ailleurs contraire à l'intérêt public que les biens soient frappés d'indisponibilité dans les mains du père de famille.

1407. Il est une fin de non-recevoir plus sérieuse que celle qu'on voudrait faire résulter de la renonciation du donateur. Voici comment elle ressort du concours de plusieurs qualités et circonstances réunies.

Un mari et une femme avaient fait une donation solidaire à un sieur Albert. Le mari, devenu veuf, contracta un second mariage; il en eut des enfants, et la donation se trouva révoquée en ce qui le concernait. Mais il faut savoir qu'il était le légataire universel de sa première femme, et que tenu des obligations de celle-ci, il était tenu en cette qualité à faire valoir la donation pour le tout. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Rouen, du 5 janvier 1844 (4), et sur le pourvoi, par arrêt de rejet de la chambre des requêtes, du 18 décembre 1844 (5).

1408. Il nous reste à dire un mot des personnes auxquelles appartient l'action en révocation. D'après ce qui a été dit ci-dessus, on pressent facilement qu'après le dona-

(1) Voy. l'art. 964.
(2) *Donat.*, p. 3, n° 663.
(3) *Supra*, n° 1382.
(4) Devill., 44, 2, 387.
(5) Id., 45, 1, 309.

teur, l'enfant a qualité pour exercer l'action en révocation que son père aurait négligée de son vivant, ou à laquelle il aurait indûment renoncé (1). Mais l'enfant ne saurait exercer, du vivant du donateur, l'action révocatoire. Il tient cette action de sa qualité d'héritier du donateur; il ne l'a pas de son chef.

Article 962.

La donation demeurera pareillement révoquée, lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant; sans néanmoins que le donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme : et ce, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette notification.

SOMMAIRE.

1409. L'art. 962 est la conséquence de ce principe, que la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfants opère de plein droit.

1410. Le donataire, étant présumé possesseur de bonne foi jusqu'à la notification de la cause de révocation, conserve les fruits perçus jusqu'à ce moment.

(1) Cassat., req., 6 novembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 30).

1411. Forme de la notification. — La notification ne saurait être remplacée par des équipollents.

1412. Il n'y a rien de contraire à cette règle dans un arrêt de la cour de cassation qui juge que la nomination du donataire à la tutelle de l'enfant a pu dispenser de faire la notification.

1413. La demande peut être formée postérieurement à la notification.

1414. Le donataire évincé doit-il être indemnisé, si la donation a été faite à charge de payer une rente viagère ?

1415. Lorsque la chose donnée est passée aux mains de tiers détenteurs, faut-il, pour la restitution des fruits, former contre eux une demande en justice ?

COMMENTAIRE.

1409. Le Code qui, dans l'art. 960, a posé le principe de la révocation de plein droit par la survenance d'enfants, en fait ici une application. Il déclare que tout acte quelconque, confirmatif de la donation, fait par le donateur, postérieurement à la survenance d'enfants, même la mise en possession du donataire, et la tradition de la chose donnée, ne peuvent nuire au droit de la révocation, acquis *ipse jure* par le fait même de la naissance. Il en est de même de tout autre fait d'exécution ou de ratification.

1410. Mais, bien que la révocation ait lieu *ipso jure*, le donataire conserve les fruits jusqu'au moment où la notification de la survenance d'enfants ou de la légitimation par mariage subséquent lui a été faite. La raison en est que, quoique la révocation ait un effet rétroactif jusqu'au jour de la donation (ainsi que nous le verrons dans l'article suivant), cet effet ne s'applique pas aux fruits qui sont toujours laissés au possesseur de bonne foi qui a titre, pour l'indemniser des travaux de culture et d'exploitation, *pro cultura et cura* (1). Le donataire jouit en père de famille de bonne foi et à l'abri

(1) Instit., *De rer. divis.*

de son titre, jusqu'à ce que sa bonne foi cesse par la connaissance que lui donne le donateur de la naissance de l'enfant.

1411. Cette notification doit être faite en bonne forme (1), c'est-à-dire, soit par un exploit (2) ou par tout autre acte judiciaire ou extra-judiciare; une simple connaissance de la naissance serait insuffisante pour constituer le donataire en mauvaise foi, aux yeux de la loi (3).

1412. Il ne faut pas considérer comme contraire à cette proposition un arrêt de la cour de cassation du 6 novembre 1832, qui a jugé que la nomination du donataire aux fonctions de tuteur de l'enfant avait dispensé de la notification prescrite par l'article 962 (4). Il est clair, en effet, que la fonction de tuteur de l'enfant, conférée au donataire, impose à ce dernier l'obligation de veiller à la conservation des droits de son pupille; que, chargé de faire valoir ces droits, il n'avait pas besoin de se faire à lui-même une notification que sa qualité rendait inutile.

1413. Lorsque le donataire a été constitué en mauvaise foi par la notification de l'acte de naissance, la demande en révocation peut venir plus tard, s'il ne s'exécute pas. Cette demande comprendra la restitution de la chose donnée, avec les fruits, à partir de la notification de l'acte de naissance ou de l'acte de légitimation.

1414. Dans le cas où la libéralité est une donation faite avec charge de payer au donateur une rente viagère, on demande si le donataire évincé devra être indemnisé des arrérages qu'il a acquittés.

(1) Pothier *sur Orléans*, int., t. XV, n° 110.

(2) Texte de l'art. 962.

(3) Cassat., req., 2 avril 1829 (Dalloz, 29, 1, 207). Pothier, *Donations*, 3, 2, 4. Grenier, n° 208.

(4) Dalloz, 33, 1, 30.

En principe, la libéralité ne doit pas être onéreuse au donataire, et la justice veut qu'il ne soit pas victime d'un contrat de bienfaisance dans lequel il a été de bonne foi. La règle est donc que le donataire ne doit pas perdre.

Mais savoir s'il a perdu par le payement des arrérages est une question de fait laissée à l'arbitrage du juge.

Très-souvent les donations avec charge de rente viagère sont combinées de manière à laisser le montant de la rente à un chiffre inférieur ou égal à celui du revenu net de l'immeuble. Dans ce cas, le donataire n'a pas perdu à la donation, et il peut y avoir gagné.

Comme exemple de cette proposition, je crois utile de citer l'espèce suivante, qui a été jugée, sous ma présidence, par un arrêt de la cour impériale de Paris du 1er avril 1851 (1).

Par acte du 14 mai 1829, le sieur Jean-François Dupont avait cédé à ses frères, moyennant une rente viagère de 7,500 fr., tous les droits à lui abandonnés dans les biens de ses père et mère.

Le 9 juin 1848, Jean-François Dupont eut un enfant dont il notifia la naissance à ses frères comme devant opérer la révocation de l'acte de 1829.

Ceux-ci soutinrent que l'acte dont il s'agissait était un acte à titre onéreux, et qu'à ce titre il était affranchi de la révocation pour survenance d'enfant qui n'est applicable qu'aux donations. Mais la cour, appréciant les circonstances de la cause, qualifia d'une manière toute différente l'acte du 14 mai 1829, et après lui voir imprimé le caractère de libéralité, elle régla, d'après les points de vue que nous signalions tout à l'heure, le sort des arrérages échus et à échoir.

« Considérant, en droit, que les sages dispositions de la » loi sur la révocation des donations pour survenance d'en-

(1) *Gazette des Trib.*, n° du 2 avril 1851.

» fants seraient facilement éludées si les donations déguisées sous la forme de contrats onéreux étaient affranchies » de la révocation prononcée d'une manière générale et absolue par les art. 960 et 965 du Code Napoléon ; que, » pour déterminer la nature et la conséquence des actes, » il faut moins considérer leur apparence et leurs termes » que ce qu'ont voulu les parties et ce qu'elles ont fait en » réalité ;

» Considérant que, dans l'intention des parties, l'acte du » 14 mai 1829 est un acte entre frères, contenant une donation de l'un d'eux, Jean-François Dupont, aux deux autres, sous la condition acceptée par ceux-ci de lui assurer » une honnête existence, et de le décharger du soin de l'administration de ses biens ; que la forme de vente donnée à » cette donation ne lui enlève pas le caractère réel d'un » abandon gratuit, fait dans un esprit de famille ; qu'il » ressort, en effet, de toutes les circonstances de la cause, » que Dupont aîné, qui, en 1829, était âgé de 46 ans, et » avait l'intention de rester célibataire, dont l'administration » pouvait inspirer quelque inquiétude à sa famille pour lui-même, cédant à une pensée généreuse et au vœu de ses » parents, a voulu, par l'acte du 14 mai 1829, assurer gratuitement à ses frères, tous deux depuis longtemps mariés et pères de famille, la propriété des biens formant » son lot dans la succession de ses père et mère, dès lors » abandonnés aux trois frères, en se réservant pour lui-même, pendant sa vie, la jouissance d'un revenu seulement égal au produit de sa part dans ces biens ; qu'abandonnant à ses frères des valeurs importantes en réalité, » Jean-François Dupont ne recevait rien en échange de » ceux-ci, qui s'obligeaient uniquement à lui restituer, » pendant sa vie, un revenu auquel il avait un droit antérieur transmissible à ses héritiers après lui ; qu'en consé-

» quence, l'acte du 14 mai 1829 ne contient point une cession
» à titre onéreux et aléatoire, mais une donation ; que, dès
» lors, les dispositions de l'acte du 14 mai 1829 ont de plein
» droit, aux termes de l'art. 960 du Code Napoléon, été
» révoquées par la survenance d'un enfant au donateur, etc.;

» Vu les dispositions des art. 960, 962, 964, 966 du
» Code Napoléon, a mis et met l'appellation et ce dont est
» appel au néant, en ce que le jugement a refusé de pro-
» noncer la révocation de la donation contenue dans l'acte
» du 14 mai 1829;

» ....Déclare, en conséquence, la donation du 14 mai 1829
» révoquée.

».... Ordonne que lesdits biens et valeurs seront resti-
» tués par Antoine et Hubert Dupont, libres de toutes
» charges et hypothèques; que les fruits et intérêts des im-
» meubles et sommes à restituer par Antoine et Hubert Du-
» pont seront comptés à Jean-François Dupont, par Antoine
» et Hubert Dupont à compter du 7 mars 1849, jour de
» la naissance de la fille de Jean-François, jour où doivent
» s'arrêter également les arrérages de la rente viagère, qui
» n'était que la restitution des fruits et intérêts cédés aux
» deux frères, arrérages de rente qui, s'ils avaient été tou-
» chés depuis, devraient se compenser avec lesdits frais et
» intérêts, les droits d'Antoine et d'Hubert Dupont de-
» meurant réservés pour le remboursement des impenses
» qu'ils auraient pu faire utilement pour le donateur sur
» les immeubles à restituer. »

1415. A l'égard des tiers détenteurs de la chose donnée, la règle posée par notre article pour la restitution des fruits, subit-elle une modification ? Suivant Pothier, la notification seule ne suffit pas pour les constituer possesseurs de mauvaise foi : une demande en justice est nécessaire, et c'est seulement à partir de cette demande qu'ils sont tenus de la

restitution des fruits (1). Plusieurs auteurs modernes ont adopté cette proposition.

Je ne la crois pas fondée sous le Code Napoléon (2). Pourquoi Pothier exige-t-il une demande en justice? C'est que, dans l'ancien droit, une demande judiciaire était indispensable pour faire cesser la bonne foi du tiers détenteur. Pothier est donc dans le vrai à son point de vue, quand il exige autre chose que la simple notification de l'acte de naissance.

Mais, sous l'empire du Code Napoléon, les principes ne sont plus les mêmes. Les art. 549 et 550 de ce Code n'exigent pas cette condition. Quel que soit le moyen par lequel le tiers détenteur a eu connaissance du vice de son titre, il cesse de faire les fruits siens. Il faut donc s'en tenir à l'art. 962, dans l'intérêt même des tiers détenteurs. Sans quoi, tout en voulant les protéger, par les art. 549 et 550, on les exposerait à une situation plus dure que le donataire lui-même, en qui une connaissance telle qu'elle ne suffit pas, et qui doit être averti par une notification en bonne forme.

Disons donc que l'art. 962 gouverne la situation des tiers détenteurs aussi bien que celle du donataire.

Article 963.

Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises ou autres

(1) Pothier, *Orléans*, int. au tit. 15, no 108. Grenier, no 208. Toullier, t. V, no 321.

(2) M. Zachariæ, t. V, p. 373, note 34.

conventions matrimoniales; ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage.

SOMMAIRE.

1416. Cette disposition est l'application de l'axiome : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

1417. Elle efface toutes les stipulations contraires.

COMMENTAIRE.

1416. Cet article n'a pas besoin d'un long commentaire. Il tire les conséquences de la révocation ; il applique les principes relatifs à la *condictio sine causa* (1).

Partant de là, il fait rentrer les biens libres de toute charge quelconque dans la main du donateur. La condition de la révocation pour survenance d'enfants est une condition qui affecte la donation *ex causa primæva et antiqua*, et à laquelle le donataire a dû se soumettre indépendamment de toute convention. Il n'a donc pu, par des aliénations ou des hypothèques, transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Or, son droit se trouvant résolu, celui de ses ayants cause l'est également par la maxime triviale à force d'être vraie : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ; seulement, à cause de sa bonne foi, il garde les fruits jusqu'au jour où l'acte de naissance lui a été notifié (2).

1417. Cette libération de la chose donnée a lieu indépendamment de toute clause à laquelle le donateur aurait

(1) Pothier, sur *Orléans*, ibid., n° 109.
(2) Favre, C., *De revoc. donat.*, déf. 4.

pu s'engager comme caution ou à tout autre titre ; et encore que la donation eût été faite dans l'unique but de favoriser le mariage du donataire, et que la femme de ce dernier ait acquis hypothèque légale sur les choses données (1). Rien de plus formel que l'art. 963. Il n'est, du reste, que la juste conséquence des art. 960 et 962. Il efface toutes les stipulations par lesquelles le donateur se serait lié les mains directement ou indirectement (2).

Article 964.

Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

SOMMAIRE.

1418. Il serait contraire aux principes qui régissent les conditions, que la mort de l'enfant fît revivre la donation.

1419. Aucun acte confirmatif ne pourrait non plus donner à la donation une existence qu'elle a perdue.

COMMENTAIRE.

1418. Quelques jurisconsultes, parmi lesquels il faut compter Ricard, avaient pensé que, lorsque le donateur avait perdu ses enfants soit naturellement, soit civilement, sans

(1) Furgole, quest. 11.
(2) Pothier, *loc. cit.*, n° 109.

avoir usé du bénéfice de révocation, il ne pouvait y avoir recours après leur décès (1). Mais cet avis n'était fondé que sur des subtilités et des motifs plus spécieux que solides (2). En effet toute donation renferme une condition tacite, celle de révocation en cas de survenance d'enfants au donateur. Lorsque la condition arrive, la libéralité se trouve résolue de plein droit. Or, *conditio semel defecta non restauratur.*

Comme nous l'avons déjà dit, quoique ce soit l'intérêt des enfants qui ait fait porter la loi sur la révocation dont nous nous occupons, néanmoins ce n'est pas à eux que reviennent les biens donnés. C'est au père qui peut les aliéner suivant son bon plaisir. C'est donc le seul fait de la naissance des enfants qu'il faut considérer, parce que la naissance seule, et non la survie, est la condition de la révocation. La donation se trouvant révoquée de plein droit, qu'importent les événements qui peuvent changer l'état des enfants?

C'est pour ce dernier parti que se prononça l'art. 43 de l'ordonnance de 1731. C'est aussi celui qu'a préféré le Code Napoléon ; car il est évident que la donation étant révoquée *ipso jure*, ne peut plus revivre, quels que soient les événements qui suivent la naissance de l'enfant né viable.

1419. Non-seulement la donation ne revit pas par la mort des enfants survenus, mais même aucun acte confirmatif ne peut lui donner une existence qu'elle avait perdue ; il faut qu'elle soit refaite suivant toutes les solennités du droit. Car autrement ce serait autoriser à donner tacitement. Qu'importerait, en effet, la confirmation d'un acte révoqué et éteint? *Confirmatio nihil novi juris addit.*

(1) *Donat.*, p. 3, n° 633. *Junge* Voët, 39, 5, 29.
(2) Furgole, quest. 16, n°s 14, 15.

Article 965.

Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet.

SOMMAIRE.

1420. La loi, en s'opposant à cette renonciation faite à l'avance par le donateur, a voulu prévenir son imprévoyance à l'égard de ses futurs enfants.

COMMENTAIRE.

1420. Cette disposition, empruntée à l'ordonnance de 1731, a pour but de rejeter l'opinion de ceux qui pourraient croire que le donateur serait lié par une renonciation qu'il aurait faite au bénéfice de la révocation pour survenance d'enfants. Quelques auteurs avaient ouvert cette opinion, en se fondant sur le brocard de droit, qu'on peut renoncer à un droit introduit en sa faveur, et qu'il est permis aux particuliers de déroger aux lois qui n'ont pour objet que l'intérêt privé (1).

Mais Ricard avait réfuté cette doctrine avant que l'ordonnance de 1731 ne vînt la proscrire. En effet, la loi pour la révocation des donations en cas de survenance d'enfants, n'est pas faite seulement en considération du donateur; mais aussi en considération des enfants. D'ailleurs, serait-il raisonnable d'admettre une pareille renonciation du donateur, renonciation qui serait une marque signalée d'imprévoyance à l'égard de ses futurs enfants, et un oubli répréhensible,

(1) L. 31, D., *De pactis*.

lorsque c'est précisément cette imprévoyance et cet oubli que la loi a voulu prévenir? Tout ce que le donateur a fait dans ce moment où il croit n'avoir pas d'enfants, est considéré comme non avenu par la survenance de descendants. D'un autre côté, si le donateur faisait cette renonciation depuis la naissance d'un enfant, elle ne pourrait avoir aucun effet, puisque la loi ne veut qu'aucun acte du père puisse empêcher l'effet de la révocation. On voit donc que, sous quelque rapport et dans quelque temps qu'on examine la renonciation, elle est destituée d'effet dans tous les cas possibles (1).

ARTICLE 966.

Le donataire, ses héritiers ou ayants cause ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années, qui ne pouront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume; et ce, sans préjudice des interruptions telles que de droit.

SOMMAIRE.

1421. La prescription de trente ans, commune à toutes les actions, ne peut courir ici que du jour où il est survenu au donateur un enfant.

1422. Mais s'il naît au donateur plusieurs enfants, la prescription ne court qu'à partir de la naissance du dernier enfant.

1423. Le tiers détenteur ne serait pas admis à invoquer la prescription de dix et vingt ans, malgré son titre et sa bonne foi.

(1) Pothier *sur Orleans*, int. t. 15, n° 108. Ord. de 1731, art. 41, 43.

1424. Dans le cas où la donation serait déguisée sous forme de contrat onéreux, la prescription serait de trente ans, même à l'égard du tiers détenteur.

1425. La prescription dont il s'agit ici peut être interrompue.

1426. Elle peut pareillement être suspendue.

1427. Toutefois, les enfants du donateur ne pourraient prétendre que l'action révocatoire n'a commencé pour eux qu'à partir du décès de leur père.

COMMENTAIRE.

1421. On peut opposer contre la demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfants, la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions (1).

Le temps de cette prescription commence à courir du jour où il est survenu au donateur un enfant; c'est, en effet, de ce jour que le droit de révoquer la donation est ouvert, et la prescription ne peut courir contre un droit avant qu'il existe.

1422. S'il était né au donateur plusieurs enfants, le droit de révoquer serait-il prescrit trente ans après la naissance du premier, ou bien seulement trente ans après la naissance du dernier? Il semblerait, d'abord, que ce devrait être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, et par conséquent le temps de la prescription a commencé à courir. Le Code, d'accord avec l'ordonnance de 1731 (art. 45) décide, néanmoins, que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans depuis la naissance du dernier. La raison en est que chaque enfant qui survient au donateur lui donne un droit nouveau de révoquer la donation. C'est pourquoi, si le droit que lui a donné son premier enfant est prescrit par le laps de trente années, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du der-

(1) Pothier *sur Orléans*, t. 15, introd., n° 111.

nier; *idem ex pluribus causis deberi potest.* L. 159. D., *De reg. juris* (1).

1423. L'art. 966 est si formel sur la nécessité d'une prescription de trente ans, que les tiers détenteurs ne pourraient invoquer la prescription de dix et vingt ans, qui a lieu lorsqu'il y a titre et bonne foi. La loi veut que la prescription ne puisse s'acquérir ici que par trente ans, rejetant les autres prescriptions autorisées par le droit commun. Il faut donc se méfier de la doctrine de Ricard, qui pense (2) que la prescription de dix et vingt ans peut être utile aux tiers détenteurs. Cet auteur, qui écrivait avant l'ordonnance de 1731, a avancé sur la matière qui nous occupe beaucoup de propositions que la loi sur les donations a rejetées.

1424. La prescription de trente ans est seule applicable, alors même que la donation porte les couleurs d'un contrat à titre onéreux (3). On ne saurait invoquer, en pareil cas, l'art. 1304 du Code Napoléon. Cet article ne concerne que les conventions ordinaires. Il est en dehors du cas particulier d'une donation (4).

Ceci devient très-rigoureux si on l'applique aux tiers détenteurs qui ont ignoré le caractère de libéralité caché dans l'acte qui a investi leur vendeur; ils ont cru acheter d'une personne qui elle-même avait acheté à titre onéreux. Ils se sont crus propriétaires incommutables, et leur bonne foi semblerait devoir les protéger (5). Cependant notre article est si général et si absolu, que je verrais de grandes difficultés à le faire fléchir en leur faveur.

1425. La prescription court du jour de la naissance de

(1) Pothier, *loc, cit.* Furgole sur l'ord. de 1731, art. 45.
(2) *Donations*, part. 3, n° 659.
(3) Cassat., req., 6 novembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 31).
(4) Id.
(5) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, no 206.

l'enfant. Une possession de trente ans, à partir de ce moment, rend l'action en révocation non recevable. Notre texte est formel à cet égard.

Cependant cette prescription peut être interrompue par les moyens de droit. Sur ce point, notre article renvoie au droit commun.

1426. Mais il est a remarquer qu'il ne parle pas des suspensions de prescription qui, en général, n'ont pas moins de faveur que les interruptions. Malgré ce silence, il faut dire que l'on doit tenir compte des suspensions (1). Supposons que le père décède et qu'il laisse des enfants mineurs, la prescription sera suspendue pendant leur minorité : *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Il n'y a pas de raison suffisante pour s'écarter, en ce point, du droit commun.

1427. Notez pourtant que les enfants qui n'ont pu agir durant la vie de leur père, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (2), ne sont pas fondés à prétendre que l'action révocatoire ne commence pour eux qu'à partir du décès. Pourquoi cela? C'est que l'action révocatoire ne leur appartient qu'à titre d'héritiers du père donateur; c'est qu'ils ne font que lui succéder! C'est que, dès lors, ils doivent prendre les choses dans l'état où il les a mises ou laissées; profitant du temps qui reste à courir si les trente ans ne sont pas accomplis, ou bien, au contraire, repoussés par la prescription si les trente ans sont écoulés du vivant du donateur. Notre article ne laisse aucun doute à cet égard, par la précision avec laquelle il exige que le point de départ de la prescription soit taxativement le jour de la naissance de l'enfant.

(1) Code sarde, art. 1175. Grenier, n° 207. M. Vazeille sur 960. Zachariæ t. V, p. 374.

(2) N° 1408.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE SECOND VOLUME.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Paris. — Imprimerie de E. Donnaud, rue Cassette, 9.

AUTHOR

Troplong
Droit civil
expliqué :

TITLE

Donations

DATE DUE

1 FEV. 1988			